

CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Miguel A. PIEDECASAS

SUMARIO: I. *Derecho de los negocios internacionales*. II. *Principios y reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales*. III. *Lex mercatoria*. IV. *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales*.

I. DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

Es fundamental desentrañar qué es lo que se entiende por “derecho de los negocios internacionales” (Marzorati), o “derecho mercantil internacional” (Fernández de la Gandara y Calvo Caravaca) o “derecho del comercio internacional” (Fernández Rozas), entre otras tantas denominaciones que se utilizan para designar la misma situación o conjunto de situaciones, normas y organizaciones.

Así, en el sentido más amplio posible, se le ha intentado definir “ como el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”.¹

Sin embargo, esta definición, desde nuestra perspectiva, adolece de diversas imprecisiones, ya que contempla sólo la posición operativa de los particulares en el comercio internacional, dejando de lado la actuación del “Estado comerciante” y las demás organizaciones gubernamentales, paragubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales que desarrollan actividades comerciales o celebran contratos comerciales internacionales, o en un sentido más amplio, actividades comerciales en el ámbito internacional.

¹ Fernández Rozas, José Carlos, *El derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 41.

Obsérvese que la propia Ley de Inmunidad de Jurisdicción (a título de ejemplo), señala que los Estados (en este caso extranjeros) no pueden invocar la inmunidad jurisdiccional cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial,² lo que demuestra claramente que en estos casos el Estado actúa con igualdad (aunque relativa) de condiciones con el contratante comercial particular.

Sin desmedro de entender que son ámbitos especiales y normativos absolutamente diferentes, bien vale para el lector nacional realizar un “parangón” intelectual entre la situación del Estado que realiza actividad comercial nacional con la del Estado que realiza actividad comercial internacional, para comprender que en la mayoría de los casos es un negociante más.

Sumamente interesantes son las sentencias contra Argentina, emitidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y Tribunales inferiores, por reclamo en dicho país por parte de tenedores de bonos argentinos, donde se planteó la falta de jurisdicción y competencia, y se resolvió que “cuando un gobierno extranjero actúa, no como regulador del mercado, sino como jugador privado dentro del mismo, sus actos son comerciales y carece de inmunidad de jurisdicción”.³

Se citan sólo estas sentencias, por la cercanía con la realidad político social de nuestro país que ayuda a comprender el fenómeno del cual estamos hablando.

De manera tal que esta observación sobre los aspectos “subjetivos” de la definición, entendemos que deben ser considerados; máxime que los grandes negocios comerciales internacionales suelen tener como contraparte al Estado (comerciante y no comerciante).

En segundo lugar, debe señalarse que adquiere gran importancia determinar el origen de la producción jurigenética de este derecho que estamos intentando conceptualizar.

Ello, porque el origen de las normas, desde el sujeto que las produce y el procedimiento que se utiliza para su producción, adquieren gran relevancia al momento de analizar la especial caracterización de este derecho.

Intervienen en este proceso diferentes sujetos productores de normas del derecho del comercio internacional.

² Cfr. artículo 2o. inciso c, Ley 24.488.

³ CSEUA en “R.A. C/ Weltover” 12-6-1992; T 1a. Inst. Distrito Nueva York, “EM LTD C/ R.A.” 12-9-2003.

Así, tenemos organismos supranacionales, organismos intergubernamentales, organismos no gubernamentales, los propios Estados y el empresario particular.

Entonces, tenemos que hablar del conjunto de normas jurídicas supranacionales, intergubernamentales, gubernamentales, derivadas de organismos internacionales particulares y empresariales particulares.

Aquí radica una de las cuestiones centrales del tema, y es que este supuesto de hecho que es el “comercio internacional”, tiene regulación en normas de diverso origen.

Tomemos como punto de partida que existen situaciones comerciales que tienen regulación exhaustiva en convenciones internacionales (normas supranacionales) que constituyen el denominado “derecho uniforme” y se quiera o no, son éstas, desde nuestro análisis, las normas más importantes en materia del comercio internacional, porque es “derecho consolidado” o “derecho institucionalizado”, por haber superado las etapas de la práctica, del uso, de la costumbre, de la normativización extragubernamental, de la normativización regional, para llegar a la normativización supranacional, y a su vez, proyectar sus efectos mediante penetración, en los propios espacios nacionales (modificación de leyes internas por adopción de modelos estructurados en convenciones internacionales).

A nadie se le ocurriría desconocer, por ejemplo, la normativa de este tipo que existe respecto del transporte aéreo internacional, ello sin perjuicio de que existan “espacios” de esta operatoria que dejen lugar para las demás manifestaciones normativas.

Luego, en un segundo lugar de importancia, tenemos las normas que están en etapas previas a lo que se denomina “derecho uniforme” como bien podría serlo en nuestro tema la Convención de Roma de 1980 sobre Obligaciones Contractuales o la CIDIP-V de México de 1994, que si bien refieren al derecho aplicable a los contratos internacionales, regulan las relaciones entre los particulares o el Estado comerciante, de aquellos Estados que son parte de la misma; aunque carecen de “uniformidad” y carecen de “penetración” (sin perjuicio de que diversos Estados puedan considerarlas para adaptar sus legislaciones nacionales).

Se llega así, a un tercer grupo de normas, que surgen de organismos internacionales intergubernamentales, que no se manifiestan como convenciones, sino en forma de recomendaciones, acuerdos, o catálogos de

principios, y aquí cabe afirmar la descripción, señalando que estos organismos son de diversa naturaleza, estructura y funcionamiento, y así tenemos los denominados Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit (con un sentido y dimensión) y los acuerdos GATT, hoy con la estructura lograda de la Organización Mundial del Comercio (OMC); que si bien, como se aclara, son situaciones, sujetos y normas muy diferentes, están dentro de una categoría muy especial que lleva a que por obligación estatal acordada o por receptor lo que es práctica y doctrina usual, sean normas que se aplican al comercio internacional en un caso (GATT, OMC) y a los contratos del comercio internacional (Unidroit) en el otro.

Entiéndase bien que diferencio la normativa señalada, aunque la incluyo en lo que estamos denominando “derecho del comercio internacional”, sin perjuicio de reconocer las sustanciales diferencias que existen, de origen, aplicación y efectos, pero sin dudar de que todas actúan sobre el comercio internacional.

Luego, en igualdad de importancia e incidencia, aunque sobre diversos aspectos (situación ésta que no siempre es considerada), ubico las normas que se originan en organismos internacionales particulares, conformados por la acción empresarial especializada internacional, donde entre todos (porque son variados) se destaca la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que elabora normas denominadas “Incoterms”, cuyas primeras apariciones datan de 1936 y cuya última publicación son los “Incoterms 2000”, que la CCI ha denominado Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales.⁴

Estas normas han recogido y regulado las prácticas y usos en determinadas operaciones de comercio internacional, que se han consolidado y que se utilizan en la negociación, en el contrato, y son válidamente aceptadas por la jurisprudencia, sea ésta supranacional, arbitral o nacional, cuando deba actuar por ser el tribunal seleccionado por las partes o por el propio derecho aplicable.

Ello marca un sector donde no inciden directamente los intereses gubernamentales y pareciera diluirse “la mediación de la clase política” (según palabras de Galgano), sin embargo, debe siempre considerarse que al momento de la ejecución del laudo arbitral, necesariamente, ha de

⁴ Cfr. Riva, Jorge Luis, *Manual de derecho del comercio exterior*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 27.

existir una “interferencia estatal” y ello surge de la lectura de las convenciones internacionales, y del propio CPCCN en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Se llega así a otro segmento de normas que son creadas a partir de la propia negociación de las partes empresariales intervinientes y que pueden ir desde la “construcción” minuciosa de todo el contrato, incluso, estableciendo las reglas de legitimación, de representación, de formación del consentimiento, las obligaciones, los derechos, las cargas, las caducidades, las notificaciones, los plazos, las penalidades, configurando y calificando el cumplimiento y el incumplimiento, las indemnizaciones para los casos de daños, el sistema de resolución de conflictos, el procedimiento, el árbitro, la jurisdicción, las garantías; hasta la elección del derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Este, tal vez, sea el campo más rico de la práctica comercial internacional, ya que conociendo el derecho uniforme, el derecho de las convenciones, el derecho de los países involucrados, el derecho recogido por organismos especializados, gubernamentales o privados, se llega a una negociación contractual realista y adecuada donde se transfiere lo que se recoge de este derecho normativizado, cuasinormativizado o usual, y se logra la herramienta contractual adecuada al negocio que se está por llevar adelante.

En este punto cabe destacar la disciplina o los analistas que se ocupan particularizadamente de “la negociación de contratos internacionales”, donde realmente y en forma previa se analizan y vuelcan en un contrato determinado las distintas normas que se describieron sintéticamente en los párrafos anteriores.⁵

Queda una reflexión apartada para las normas que se generaron en convenciones o tratados internacionales y que han servido para armonizar las legislaciones nacionales sobre determinadas materias, lo que permite que se eliminen las “asimetrías”, o sea, el diferencial de competitividad que surge en una operación comercial por la aplicación de un derecho nacional respecto de otro derecho nacional involucrado al caso, lo que hemos denominado situación de “penetración” y que puede darse como ejemplo a través de las Directivas Comunitarias en la Unión Europea (Roma-Maastrich), o bien en el MERCOSUR (en estado gestacio-

⁵ Véase Arrabal, Pablo, *La negociación de contratos internacionales*, Bilbao, Deusto.

nal), a partir de la última parte del Tratado de Asunción, que obliga a los Estados a armonizar sus legislaciones, en las materias que son la base y estructura del acuerdo logrado.

En este sentido, y con afán descriptivo, se ha dicho que este derecho de los negocios internacionales “comprende los tratados, convenciones, recopilaciones, usos y costumbres, y prácticas profesionales relacionados con contratos que contienen elementos internacionales que las empresas concluyen entre ellas, y con Estados u organizaciones gubernamentales para la organización de sus relaciones económicas y financieras, en un mundo en el cual los derechos nacionales está influidos en forma creciente por normas internacionales o soluciones transnacionales uniformes”.⁶

Sin perjuicio de lo expuesto, podríamos concluir, que el derecho del comercio internacional es “aquel conjunto de normas para analizar, que rigen las operaciones comerciales internacionales”. “Normas”, como omnicomprensivas de las de origen convencional supranacional; convencional regional, multilateral, o bilateral; derivadas de organismos especializados intergubernamentales, de organismos especializados empresariales, de la práctica negocial, y de un derecho nacional aplicable.

Introducimos una interrogante para el debate: ¿es necesario que sean “jurídicas”?

Correlativamente, se hace referencia a “todas” las operaciones comerciales internacionales, comprendiendo en su seno, a la de las grandes empresas entre sí, las de las grandes empresas con el Estado comerciante, las de las grandes empresas con pequeñas o medianas empresas, las de las pequeñas y medianas empresas entre sí, las de las pequeñas y medianas empresas con el Estado comerciante, y las de todos estos con manifestaciones empresariales complejas, sean intergubernamentales, supranacionales o privadas.

Claro está, que previo a seguir con este análisis, es necesario precisar a algunos de los sujetos que producen estas normas, establecer con mediana precisión qué es el “comercio internacional” y establecer si el criterio esbozado es receptado en la realidad normativa y jurisdiccional-arbitral.

⁶ Marzorati, Osvaldo J., Derecho de los negocios internacionales, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 7.

1. *Sujetos*

1. Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de su Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (Uncitral).

2. Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de las Conferencias Interamericanas especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I).

3. Unión Europea (UE); Mercosur, y demás de la misma especie,

4. Organización Mundial de Comercio (OMC), a través de sus Acuerdos Generales sobre Aranceles y Comercio (GATT).

5. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), organización intergubernamental.

6. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre tantos otros.

7. Los Estados nacionales.

8. El empresario del comercio internacional.

Cabe preguntarse qué naturaleza tiene cada uno de estos sujetos, porque esta respuesta incidirá en lo que se califique como *lex mercatoria*, al analizar los puntos siguientes:

a) Uncitral. Este instituto es una Comisión de la ONU para el Derecho del Comercio Internacional, creado en 1966.

b) CIDIP: Las CIDIP son Conferencias Interamericanas especializadas en DIP, que se realizan en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos; organismo intergubernamental.

c) OMC: La Organización Mundial del Comercio se constituyó el 15 de abril de 1994, como parte del acuerdo final sobre aranceles y comercio de la Ronda de Uruguay. Tiene personalidad jurídica y es de carácter intergubernamental, fue aprobada en nuestro país por la Ley 24.525.

d) Unidroit: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental con sede en Roma, que nació como un órgano de la sociedad de las naciones y fue restablecido en 1940 mediante un acuerdo multilateral denominado El Estatuto de Unidroit.

e) CCI: La Cámara de Comercio Internacional, no es un organismo público ni gubernamental, sino una asociación privada, que produce diversas normas como las Incoterms 2000, y a su vez, mantiene una Corte de Arbitraje.

2. Comercio internacional

Refiere a la idea de operatoria comercial internacional, teniendo como mercado o ámbito de realización al mundo entero, sobreponiéndose a los mercados nacionales y conectándose con diversos mercados, empresarios, Estados.

Desde nuestra perspectiva, comprende al comercio interempresarial al comercio exterior de un Estado y también al comercio intracomunitario (en los espacios integrados).

Ello ha implicado distintos aspectos que se derivan de esa operatoria comercial internacional, así como:

- a) La internacionalización de la empresa (Fernández Rozas).
- b) La mundialización financiera (Chesnais).
- c) El desarrollo del comercio exterior estatal.
- d) Los espacios integrados.
- e) El sistema neuroelectrónico universal (Pérez Lindo).
- f) La universalización de los efectos de las crisis empresarias (“ENRON”, “World Com”).

Estas son sólo algunas de las cuestiones que más allá del esquema normativo, ocupan y han de ocupar el ámbito del comercio internacional.

En este marco: ¿cómo pudo pensarse que las formas sociales institucionalizadas (Estados, organizaciones internacionales, gubernamentales e intergubernamentales) no debían actuar en los espacios comerciales internacionales?

3. La recepción jurisdiccional

Es sumamente interesante indagar en la realidad internacional y nacional sobre los pronunciamientos que se han dictado, y si ellos reconocen esta diversidad de fuentes con referencia al derecho del comercio internacional.

Sin perjuicio de que todos los ámbitos son interesantes y demostrativos, particularmente, he de detenerme en la jurisprudencia nacional, cuando por ser los jueces intervinientes en el caso de contratos comerciales internacionales, debieron aplicar diversas fuentes de este derecho.

Así:

a) Aplicó derecho uniforme, cuando resolvió el caso con base en la Convención Internacional de Contrato de Viaje de Bruselas, 1970, ratificada por Ley 19.918 (CNACom. Sala B, JA 2001-I-620), también aplicando el derecho uniforme, en el caso de compraventas internacionales (CNACom. Sala e, LL 18-6-2003).

b) Aplicó derecho usual, impuesto por la CCI, al resolver un contrato de compraventa internacional, a través del contenido de la cláusula C.F. (CNACom., Sala C, LL 1996-C-157), también derecho usual en compraventa de mercaderías (CNACom. Sala E, ED 157-131).

c) Aplicó el sistema de autonomía de las partes (elección) al validar el sometimiento de las consecuencias de una compraventa internacional al sistema arbitral (CNACom. Sala D, LL 2002-D-7).

d) Aplicó las normas del DiPr del lugar de cumplimiento, en defecto de elección expresa (CNACom. Sala E, ED 97-604).

Como se puede observar en estos ejemplos, cuando el juez local se enfrenta a un caso comercial internacional, aplica no sólo sus normas de derecho internacional privado, sus normas de orden público internacional, sus normas de policía, sino también el denominado derecho comercial internacional uniforme y el derecho creado por las partes, y para interpretarlo, el derecho usual recogido de las prácticas internacionales por organismos empresariales internacionales como la CCI.

4. *La recepción normativa*

Si tomamos los contratos comerciales internacionales y nos detenemos en la compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo, podemos observar que podrían resultar aplicables las siguientes normas:

a) La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), aprobada por Ley 22.765, o bien, según corresponda, la Convención de La Haya sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1985, aprobada por Ley 23.916; con el complemento si correspondiere al caso de la Convención de Nueva York de 1974 sobre Prescripción de Mercadería aprobada por Ley 22.488.

b) Si estamos en el ámbito de la Unión Europea o en América, la Convención de Roma sobre Contratos Comerciales Internacionales de 1980 o la de México de 1994, pueden resultar aplicables.

c) Si en el contrato se han utilizado cláusulas usuales, CIF, FOB, FAS, se aplicarán a los fines de su contenido preciso las Incoterms 2000 de la Cámara de Comercio Internacional.

d) Si se han utilizado términos usuales de la contratación internacional, con sentido integrador o interpretativo, pueden llegar a utilizarse los Principios Unidroit.

e) Por supuesto que la construcción “material” de las cláusulas de las partes, fruto de la negociación, y en tanto no confronten con el orden público internacional o normas de policía, serán aplicadas para resolver las cuestiones planteadas.

f) Las normas de DiPr, que en definitiva tengan aplicación al caso concreto, sea por elección expresa, por elección derivada, por ser las del juez actuante, en nuestro caso los artículos 1205-1216 del CC, sin perjuicio de otras normas y los artículos 1o. y 517 siguientes y ccs del CPCCN.

Ello permite demostrar que los contratos comerciales internacionales se resuelven aplicando todo lo que pueda comprenderse dentro del contenido del “derecho comercial internacional” y no sólo por un grupo particular de esas normas, y que el comercio internacional comprende todas las operaciones y todos los operadores.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

Debemos definir, previamente, cuándo estamos frente a un “contrato comercial internacional”, para luego así avanzar sobre los principios que rigen a estos.

En este sentido, creo que es acertada la definición por exclusión que se realiza, señalando que no son internacionales las “relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)”, y en lo que refiere a la comercialidad, se excluye a las relaciones de consumo y se asume un concepto amplio, incluyendo no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones

económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales”.⁷

Sin embargo, entendemos que debe adoptarse una definición amplia, que podría ser aquella que lo señale como “todo contrato que regule una operación comercial internacional”, sin caer en limitaciones subjetivas ni de contenido, y lo suficientemente amplia como para comprender la complejidad que encierran las operaciones comerciales internacionales.

Aunque sea someramente, se debe destacar la notoria importancia que han adquirido estos contratos comerciales internacionales, “asumiendo paulatinamente caracteres propios y definidos que lo diferencian de aquellos que presenta el contrato interno”. El ámbito en el que el contrato internacional está llamado a desenvolver sus efectos condiciona que sus técnicas de redacción y elaboración sean particulares y específicas. Nacen así, figuras típicas y exclusivas del contrato internacional en su fase previa, en su desarrollo y en su ejecución. En suma, el contrato internacional se encuentra renovado bajo nuevas formas y caracteres; es ahora más complejo, más diversificado, pero en todo caso, absolutamente vital y primero en el proceso de las relaciones privadas económicas contemporáneas”.⁸

Señalada esta cuestión, debemos avanzar sobre el tema concreto de los principios en los contratos comerciales internacionales.

Hay que partir de preguntarse si existen principios y reglas universales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Que es muy distinto a lo que quiere significar el título de este apartado.

No cabe duda de que existen principios y reglas para los contratos comerciales internacionales, pero ¿son estos universales?

Ello nos permite realizar dos apreciaciones previas: a) No se deben confundir los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales, con los principios y reglas universales de los contratos comerciales internacionales. b) El análisis para su obtención debe ser totalizador, o sea, indagar en las distintas fuentes normativas de lo que es el derecho comercial internacional.

Así, sin intención de agotar la búsqueda, en el tema que nos ocupa, que es el de todos los contratos comerciales internacionales (y no sólo

⁷ Cfr. Unidroit (autor-editor), *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995, p. 2.

⁸ Carrascosa González, Javier, *El contrato internacional*, Madrid, Civitas, p. 23.

de la compraventa internacional de mercaderías), entiendo que hay que realizar un análisis de los siguientes cuerpos normativos:

1. De la Convención de Roma de 1980, denominada Convención del Consejo sobre Legislación aplicable a Obligaciones Contractuales.
2. De la Convención de México de 1994, denominada Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V).
3. De los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de Unidroit.
4. En los aspectos que correspondan, en las normas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
5. En los aspectos que correspondan, en los Acuerdos Multilaterales de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
6. En los aspectos que correspondan en las normas de DiPr, de distinto origen (tratados, legislaciones nacionales).
7. En la propia práctica contractual de los empresarios mercantiles del comercio internacional.

Ello nos lleva a un análisis elemental de cada uno de los cuerpos normativos señalados.

1. *La Convención de Roma*

Establece las siguientes pautas, según nuestra selección:

1. Las partes pueden elegir la ley que rige el contrato, en forma total o parcial, y pueden variarla en el curso de la gestión contractual.
2. La elección puede ser expresa o demostrada con certeza razonable.
3. En defecto de elección, el contrato será regido por la ley del Estado con el cual está más estrechamente vinculado, o sea, donde en principio se realiza el objeto característico del contrato, lo que lleva a la residencia habitual de quien tiene a su cargo dicha realización (pero prevalece el punto de conexión de la “relación más estrecha”); o cuando haya bienes inmuebles, el del asiento de estos.
4. Sin embargo, esta elección no puede perjudicar al contratante “consumidor” y prevalece en su caso la ley de la residencia habitual del consumidor.

5. Se deben considerar las normas legales obligatorias del país con el cual el contrato tenga vinculación estrecha y el orden público del foro.
6. Las partes pueden elegir el tribunal que resuelva sus diferencias.
7. Se aplican las normas sobre prueba de la ley aplicable al contrato o cualquier forma de prueba reconocida por la ley del foro.
8. En la interpretación y aplicación de las normas precedentes se tendrán en cuenta su carácter internacional y el deseo de lograr uniformidad en su interpretación y aplicación.

2. La Convención de México de 1994

1. Parte de una idea interesante, que es la de autoexcluir la aplicación de la Convención en aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional vigente entre los Estados parte, lo que lleva al derecho uniforme.

2. También permite que los contratantes excluyan expresamente esta Convención, lo que lleva a la autonomía conflictual o material de las partes.

3. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes, expresamente o tácitamente, pueden fraccionar la aplicación de una ley y pueden variarlo.

4. En defecto de elección el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

5. El tribunal para decidir tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

6. El tribunal aplicará cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de lograr la justicia y la equidad en el caso concreto.

7. No se pueden dejar de aplicar las normas imperativas del derecho del foro y del derecho del país con el que el contrato tenga vinculación más estrecha.

3. *Los Principios de Unidroit*

1. Se aplican a los contratos internacionales y comerciales, con lo cual se excluyen las operaciones nacionales, de consumo y las que no sean comerciales.
2. Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.
3. Sin perjuicio de ello reconoce la existencia de normas imperativas que resultan inderogables para las partes.
4. Libertad de formas y de pruebas.
5. Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, aplicarlos fragmentadamente.
6. En la interpretación se tendrá en cuenta el carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
7. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial.
8. Las partes están obligadas por las prácticas convenidas y por los usos habituales, salvo que sean irrazonables.
9. Para la oferta y la aceptación utiliza la teoría de la “recepción” y no la del envío.
10. Descartan totalmente el silencio como aceptación.
11. Días hábiles para los plazos.
12. Utiliza el cartabón de la “razonabilidad” y del “sentido común” para interpretar las obligaciones, su contenido y cumplimiento.
13. Prevé la aceptación tardía y la oferta condicionada.
14. Reconoce la responsabilidad precontractual.
15. Consagra el deber de confidencialidad.
16. Consagra la teoría de los propios actos.
17. Admite y define las “cláusulas estándar” y hace prevalecer a la “cláusula negociada por sobre la estándar”.
18. Nulifica las “cláusulas sorprendivas”
19. No rige respecto de la capacidad, legitimación de las partes.
20. Establece el principio de la “consensualidad” en materia contractual.
21. Admite la negociación sobre bienes ajenos, sobre bienes futuros.
22. Admite el error esencial de hecho y derecho como causa de invalidez salvo culpa grave.

23. El dolo de la contraria o las “amenazas injustificadas” permiten plantear la invalidez del contrato (¿cuáles serían las amenazas justificadas?).
24. Admite la invalidez o adecuación del contrato cuando una parte soportare al momento de la celebración una excesiva onerosidad o ventajas excesivas por aprovechamiento objetivo o subjetivo.
25. Se responde por el dependiente.
26. Las nulidades son saneables y confirmables y es regla la preservación del contrato con invalidez sólo de las cláusulas nulas.
27. El contrato debe interpretarse conforme la intención común de las partes.
28. Da valor interpretativo a las negociaciones, las prácticas y los usos.
29. La interpretación es sistemática, contra el proponente en los de adhesión, por la preservación del contrato, e incorpora el sentido común para integrar el contrato.
30. Las obligaciones se cumplen en términos “razonables” y con “sentido común”.
31. Es válida la rescisión sin causa en los contratos de duración, notificada con antelación razonable.
32. No acepta el cumplimiento parcial ni el anticipado, y establece como pauta supletoria en el tema de las obligaciones dinerarias la moneda del lugar de pago.
33. El orden en los pagos es: gastos, intereses, capital.
34. La falta de autorización estatal para llevar adelante el contrato es equivalente a incumplimiento.
35. Contempla la excesiva onerosidad sobreviniente o “hardship”, siempre y cuando los riesgos no hayan sido asumidos y el principio es la renegociación y la adecuación.
36. Las cláusulas sobre exoneración de responsabilidad son válidas salvo que sean inequitativas.
37. Se pueden pedir garantías especiales cuando se observa en la contraria la imposibilidad de cumplimiento e incluso dar por terminado el contrato si queda claro que habrá incumplimiento esencial en la otra.
38. La reparación es integral, o sea, comprende el daño material, lucro cesante, daño moral, el daño futuro, la pérdida de chance, aunque

- luego acota esta regla general al incluir la noción de “daño previsible” o “daño razonable” y la concurrencia de imputaciones.
39. En el caso de dinero, prevé que se paguen los intereses más el mayor daño e incluye la posibilidad indexatoria.
 40. Hay lugar a la penalidad más el resarcimiento.

Frente a estos cuerpos normativos, en especial a los de Unidroit, deseo hacer una breve referencia a algunas opiniones sobre ellos.

a) Las dudas de Mosset Iturraspe. En el Congreso de Unidroit, en el cual participamos, el jurista santafesino dejó en claro su preocupación por el interés fuerte por contratar con absoluta libertad por parte de las empresas, lo que genera dudas en situaciones de dominación, máxime en los países en vías de desarrollo y, particularmente, en aquellos casos donde estos Principios podrían sustituir a la ley nacional, incluso, en los contratos estrictamente internos, lo que puede llevar, según su interpretación, a contratos sin ley donde se priorice la utilidad y se olvide la justicia.⁹

b) La valoración de Kemelmajer de Carlucci. La jurista mendocina hace un análisis particularizado de los Principios de Unidroit, destacando sus aspectos positivos, como la adquisición del poder negocial a través del manejo de la información; la disminución de los costos por la reducción de la incertidumbre normativa; la constitución de un instrumento para interpretar el derecho internacional uniforme; la conformación de un modelo para los contratos futuros y para la legislación nacional e internacional.

También, muestra su análisis positivo al rescatar la noción de razonabilidad como parámetro constante e informante de los principios.

Sin perjuicio de lo expuesto, y tomando como regla la libertad contractual derivada de la autonomía de la voluntad, la autora reconoce como límites, principios imperativos, no sólo del derecho vigente, sino también de los propios Principios de Unidroit como la obligación permanente de actuar con buena fe y lealtad negocial reconociendo que los principios regulan la lesión y la imprevisión entre otras situaciones correctoras de la distorsión negocial.¹⁰

⁹ Congreso de Unidroit, “Jornadas sobre los Modernos Contratos Comerciales”, exposición del doctor Jorge Mosset Iturraspe, Argentina, UADE, 1998.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aida, *La autonomía de la voluntad en los principios generales de los contratos comerciales internacionales de Unidroit*.

c) La opinión de Marzoratti. Destaca no solo el valor de los principios, sino también la gestión del instituto, que según sus propias palabras ha preparado más de 70 estudios y proyectos, señalando que se aplican solamente a los contratos comerciales internacionales sobre las bases de la libertad de contratación, la aplicación de los usos y costumbres, el mantenimiento de la buena fe, la lealtad negocial y la conservación del negocio. Señalando que estos Principios han sido utilizados como modelo o como pauta de interpretación tanto para la redacción de contratos como para la modificación de sus legislaciones nacionales; y también han sido seleccionados para regir un negocio internacional o para dirimir un conflicto judicial o arbitral.¹¹

d) La propia opinión de los integrantes o participantes de Unidroit. En una obra que refleja el contenido del Congreso Interamericano de Unidroit celebrado en 1996, en Venezuela, se señaló que estos Principios sirven como contribución al proceso de unificación del derecho privado; al desarrollo de los contratos comerciales internacionales; constituyen así un modelo posible con miras a la armonización del derecho de los contratos comerciales e internacionales; han servido como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales, y también por los jueces nacionales; ha servido como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme o textos de derecho interno y se han constituido en una verdadera y moderna “*lingua franca*”.¹²

e) Nuestra opinión. En este apartado, referido especialmente a los Principios de Unidroit y salvando la enorme distancia con los autores precedentes, podemos considerar la notable importancia y difusión que han tenido los Principios, existiendo consenso en la utilidad y generalidad de sus pautas generales, sin perjuicio de que también contiene normas que pueden llamar a confusión y que no se corresponden con el carácter genérico de los principios; por ejemplo, en el punto 3.9 cuando distingue entre las amenazas injustificadas y las amenazas justificadas para celebrar un contrato o en el sistema de reparación integral de los daños, que no siempre resulta un parámetro utilizable en materia comercial; situaciones éstas que no le restan el valor y la trascendencia que se les reco-

¹¹ Marzoratti, *op. cit.*, nota 6, pp. 12-34.

¹² *Los Principios de Unidroit. ¿Un derecho común de los contratos para las américas?*, Roma, Unidroit, 1998.

noce en el ámbito del comercio internacional, pero que tampoco pueden llevarnos a desconsiderar las distintas fuentes del derecho comercial internacional y reservar la denominación de principios, para las premisas o ejes comunes de todo este derecho y calificar a los de Unidroit como reglas para la contratación en materia de contratos comerciales internacionales por entender que muchas de sus normas tienen carácter reglamentario o regulador y su aplicación puede ser discutible según los casos que nos ocupen.

Sin perjuicio de ello, no se puede negar la gran importancia que tienen en los ámbitos jurisdiccionales y arbitrales vinculados a lo comercial internacional, y por citar alguno de los laudos en los que se hace referencia a ellos, por la trascendencia que tuvo, fue el laudo CCI 7375 de 1996, que decidió una controversia entre el gobierno iraní y la sociedad norteamericana Westinghouse, por exclusión negativa de derechos recíprocos de ambas partes, recurrió a los Principios Unidroit y a la *lex mercatoria* para resolver la cuestión.

Volviendo al eje de exposición de nuestro tema, cabría agregar las diferentes normas usuales consagradas por la CCI, aunque lo son para contratos específicos y las normas de DiPr, que resultan aplicables, pero ello nos lleva a un ámbito diferente, que en un caso, es el de la práctica comercial y en el otro, el de los distintos sistemas de DiPr existentes.

Por ello, desde nuestra metodología nos detenemos en los cuerpos normativos esquematizados y volvemos a preguntarnos, si es posible extraer de ellos principios generales aplicables sin distinción a todos los contratos comerciales internacionales.

Ello resulta posible, pero sólo respecto de unos pocos principios que sí consideramos aplicables a toda la contratación comercial internacional y que bajo nuestra óptica y responsabilidad intentaremos enumerar:

1. En el ámbito de los contratos comerciales internacionales, las partes tienen libertad de contratar y determinar el contenido del contrato.
2. Las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato.
3. A defecto de elección se considerará la conexión más estrecha del contrato con un país.
4. No se pueden excluir ni violentar las normas imperativas del Estado con vinculación más estrecha ni las del derecho del juez o tribunal actuante.

5. Las partes pueden elegir el tribunal arbitral o jurisdiccional que entenderá en el conflicto derivado de la relación contractual.
6. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial y se deben colaboración y confidencialidad.
7. A los fines de interpretar los contratos comerciales internacionales, se debe tener presente su carácter internacional, su carácter comercial y las reglas surgidas del derecho uniforme en la materia, los usos institucionalizados y la práctica negocial.
8. Se admite la responsabilidad por incumplimiento, pero ¿con qué alcance?
9. Y con sentido relativo podría aceptarse la libertad de formas, de prueba y el principio de “consensualidad”.

III. *LEX MERCATORIA*

Esta calificación ofrece distintos análisis y enfoques, pero en nuestro tema, la denominación que se utilizó, ha sido la de *nueva lex mercatoria*, lo que nos lleva en primer término, y previamente, a preguntarnos si esta denominación es correcta y en su caso cuál es el contenido actual de la misma.

En este sentido, diversos autores colocan como términos equivalentes el de *lex mercatoria* con el de *the new law merchant* y atribuyen la utilización de esta terminología a los juristas Clive Schmitthof y a Berthold Goldman.

Sin embargo, otros expositores señalan que el reflorecimiento de la utilización de estos términos es atribuible a distintos autores.

Poco importa en realidad, lo cierto es que se habla en los ámbitos académicos sobre la *nueva lex mercatoria*.

Ante ello cabe preguntarse: ¿existe una *nueva lex mercatoria*?, ¿*ius mercatorum* o *lex mercatoria*?, ¿qué relación existe entre el original *ius mercatorum* y la *nueva lex mercatoria*?, ¿cuál es el contenido de la denominada *nueva lex mercatoria*?

En primer lugar, se debe señalar que desde nuestra perspectiva hay en los desarrollos realizados un claro error de concepto, al identificar lo que se denominó en los orígenes del derecho comercial como *ius mercatorum* con la *nueva lex mercatoria* y en esta respuesta, se encierra la clave de la comprensión de este tema.

El *ius mercatorum*, no fue “un derecho”, sino un modo particular de crear el derecho.

Este modo especial de crear el derecho, estaba determinado por tener su origen creativo en los comerciantes, sin mediación de la sociedad política (cualquiera fuere ella), por ello, se señalaba con razón, que estábamos frente a un derecho creado por los comerciantes y para los comerciantes, sin mediación de la sociedad política.

“La expresión *ius mercatorum* pertenece al lenguaje jurídico culto; la usaban prevalentemente glosadores como Bartolo y Baldo. La expresión posee un significado especial: antes que referirse a una parte del derecho, significa un modo particular de crear el derecho. Se llama *ius mercatorum* porque está creado por la clase mercantil, y no porque regula la actividad de los mercadores... El *ius mercatorum*, por tanto, nace como un derecho creado directamente por la clase mercantil, sin mediación de la sociedad política; nace como un derecho impuesto en nombre de una clase, y no en nombre de la comunidad en su conjunto”.¹³

He aquí la clave del tema: un modo especial de crear el derecho.

Por ello, si se quiere identificar correctamente la *nueva lex mercatoria*, se debe intentar ubicar el procedimiento de creación de ese derecho, y allí, donde exista creado por los empresarios y para los empresarios, sin mediación de la sociedad política, cualquiera sea la forma organizativa de ésta, podemos estar en presencia de lo que siempre fue y será *ius mercatorum*.

Si se me permite el apartado, cabe señalar un hecho notorio y demostrativo y que no debe pasar desapercibido en este tema, y es el denominado *Código Savary* recepcionado por las Ordenanzas de Colbert en Francia, Savary no era jurista, era mercader, y fue su obra la que sirvió de base al primer ensayo codificador en Francia: *Edicto del rey para servir de reglamento al comercio de negociantes y mercaderes al por mayor y al por menor*.

Del denominado *Código Savary*, se llegó a las antípodas de lo que se entiende por *ius mercatorum*, que es el nuevo Código de Comercio francés del 2000, que contiene más de 1350 artículos y un sistema de legislación delegada en los organismos administrativos que llevará posiblemente a que todo el derecho comercial que se genere tenga la mediación de

¹³ Galgano, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1987, p. 49.

la sociedad política, receptando así el fenómeno denominado “del derecho constante”.¹⁴

Allí están las muestras de una y otra situación: normas básicas y generadas por mercaderes, y por el otro, multiplicidad de normas y reglamentación generadas por el poder político.

Tampoco se crea que estas situaciones son opuestas por sí mismas, ni que no existen procedimientos intermedios o mixtos.

En este sentido, se debe señalar que el derecho mercantil ha tenido históricamente una gestación que tiene su punto de partida en una práctica negocial por necesidades económicas, la que luego se convierte en uso común, para llegar en algunos casos a la categoría de costumbre y, posteriormente, se institucionaliza a través de los órganos competentes del Estado, en muchos casos por impulso de los propios comerciantes y en otros, por impulso de los demás componentes de la sociedad civil y a veces por el propio Estado.

De manera tal, que esta especial forma de crear el derecho, que responde a un momento histórico determinado, se reitera en su pura faceta comercial, en casi todos los institutos propios del derecho comercial moderno.

Y digo que en su faz operativa se reitera, porque tampoco se debe caer en la simplicidad de pretender entender el fenómeno del *ius mercatorum* sin los componentes políticos y económicos de la época, como tampoco se debe pretender entender lo que se denomina *nueva lex mercatoria* sin los componentes políticos y económicos de esta época.

En lo que a la denominación se refiere, parece no existir diferencias para identificar el objeto de estudio, si utilizamos los términos *lex mercatoria* o *ius mercatorum*. Sin embargo, como lo demuestra el análisis realizado por los historiadores, la denominación correcta es la de *ius mercatorum*, por lo menos en la etapa de origen.¹⁵

Desde nuestro punto de vista, la expresión histórica correcta es la de *ius mercatorum*, justamente, porque identifica un modo especial de crear

¹⁴ Cfr. Moneger, Jöel, *De la ordenanza de Colbert de 1673, sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000. Un ejemplo de la evolución de la codificación*, Buenos Aires, EDUCA, 2003, pp. 79 y ss.

¹⁵ Véase Petit, Carlos, “Del *ius mercatorum* al derecho mercantil”, *III Seminario de Historia del Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons, 1997, y en especial, el artículo “*Mercatura y ius mercatorum*. Materiales para una antropología del comerciante premoderno”.

derecho sin necesitar de la *lex*, que es una manifestación del derecho, pero que, precisamente, se emparenta con la mediación de la sociedad política, porque proviene de los órganos competentes del Estado.

Por ello, despojándonos de los latinazgos, diríamos que nos interesa el “derecho” y no sólo la “ley” y que encierra una contradicción hablar de creación del derecho por los comerciantes y para los comerciantes y referirse a este especial modo de crear derecho con el nombre del instituto propio de la sociedad política que es la ley.

También es importante no soslayar que en este concepto se encierran dos discusiones centrales sobre las que hay que tomar posición, y ellas refieren a la tendencia “universalista” del derecho comercial y la denominada “institucionalización” del derecho comercial.

La primera dividió, desde siempre, a los juristas de distinta época, destacándose, sin embargo, la polémica entre Levin Goldsmichdt y Vivante.

Esa caracterización del derecho comercial como universalista, está dada por su particular fuerza expansiva como derecho uniforme, más allá de las fronteras nacionales, y así el primero de estos autores favorecía el proyecto de un mercado mundial sostenido por las normas ciertas y uniformes de un derecho mercantil cosmopolita, y que esta uniformidad internacional y la continuidad histórica, a su vez, se atribuyen a la propia índole de la clase mercantil, que no tiene edad ni patria.

Pero esta tendencia natural hacia la universalización de las instituciones típicas del comercio y por ende del derecho mercantil, no debe considerarse equivalente al *ius mercatorum*, sino correspondiente con el hecho de que el comercio se ha hecho cada día más internacional y complejo, por ende, es lógico que por las vías jurigenéticas que sea, se elaboren normas para regular este hecho comercial transnacional, multinacional, o universal, máxime en los tiempos de la “aldea global” y la intervención abrumadora de la realidad cibernética o el mundo informático.

O sea, que “universalidad” no es equivalente a *ius mercatorum*; salvo que cuando se utilice la denominación *nueva lex mercatoria* se quiera identificar otro fenómeno.

La segunda característica, que se da y nos interesa, es desde mi perspectiva (no quiero involucrar a ningún autor), la denominada institucionalización del *ius mercatorum*, o sea, los supuestos donde las normas generadas por los empresarios y para los empresarios son tomadas por el poder político a través de sus órganos competentes y convertidas en nor-

mas legales específicas, siendo la denominada “ley mercantil” en sentido técnico y estricto.

Pero este procedimiento no es disvalioso, ya que se convalida por los órganos nacionales o supranacionales, normas uniformes generadas por los comerciantes y consolidadas por las prácticas, los usos y las costumbres comerciales.

De manera tal, que aparece en un mundo organizado y lógico, como un procedimiento adecuado de generar normas jurídicas mercantiles.

La desvirtuación de lo expuesto, se da cuando el Estado o las formas sociopolíticas organizadas de que se trate, generen normas mercantiles, ignorando la idiosincrasia propia de los empresarios y la lógica interna y externa del “hecho comercial”, introduciendo una asimetría por incidencia de la norma jurídica sobre el hecho económico, distorsionándolo.

En el tema que nos ocupa, se afirma entonces, “que está surgiendo una verdadera *nueva lex mercatoria* internacional cuyos pilares podrían ser cuatro: los usos profesionales, los contrato-tipo, las regulaciones profesionales dictadas en el marco de cada profesión por sus asociaciones representativas, y la jurisprudencia arbitral”.¹⁶

En nuestra interpretación, se deben realizar precisiones:

Primero, que no está surgiendo, sino que siempre, en materia mercantil existió y existirá un “modo especial de crear derecho” que se denomina *ius mercatorum*, por la dinámica propia del comercio, hoy más acentuada que nunca por la facilitación del transporte y por las nuevas formas (informáticas) de operar.

Segundo, que si de regulación del hecho económico internacional se trata, si realizáramos un corte estático del derecho del comercio internacional, nos encontraríamos con diversas normas: *a*) con normas provenientes de este modo especial de crear derecho (las de la CCI, por ejemplo), *b*) normas que se originaron en esa práctica y que se consolidaron e institucionalizaron (el derecho uniforme de las convenciones), *c*) normas que están pasando de un estadio a otro (convenciones que aún no constituyen derecho uniforme, Roma, 1980, CIDIP-V, y que a lo mejor por su estructura o por su operatividad relativa nunca lo sean), *d*) normas originadas en las prácticas negociales (producto en estado puro del *ius merca-*

¹⁶ Cremades, Bernardo M., citado por Villegas, Carlos Gilberto, *Comercio exterior y crédito documentario*, Buenos Aires, Astrea, p. 23.

torum), *d*) normas estatales (como las del Dipr, o las de orden público internacional).

De modo tal, que el derecho del comercio internacional contiene normas de distinta índole.

Ahora bien, un análisis que denominaremos “dinámico” nos ofrece la perspectiva correcta y lleva a reformular la cuestión central. Allí observaremos: *a*) normas institucionalizadas, con origen en el *ius mercatorum* (el derecho uniforme); *b*) normas en estado de producción a través del *ius mercatorum* (CCI, prácticas negociales), *c*) normas generadas institucionalmente (normas estatales o derivadas de tratados de Dipr) y *d*) normas de origen mixto, o sea por impulso estatal y reconociendo ese particular modo de crear derecho (Unidroit, OMC).

Ello lleva entonces a plantear correctamente la pregunta, aunque desde nuestra perspectiva no sea la pregunta correcta, ¿existe hoy en el ámbito del comercio internacional, ese modo especial de crear derecho denominado *ius mercatorum*?

La respuesta es afirmativa, y encontraríamos los claros ejemplos en las normas derivadas de las prácticas negociales individuales o grupales y en estadio más evolucionado y previo a la institucionalización las INCOTERMS de la CCI, por ejemplo.

Pero ¿este *ius mercatorum* debe ser identificado como “el” derecho del comercio internacional? Por supuesto que no.

Como lo hemos señalado con anterioridad, existen diversas normas que constituyen el derecho comercial internacional y algunas de ellas como las que son ya, derecho uniforme, desde mi perspectiva, tal vez de mayor importancia y envergadura que las que se encuentran como resultado puro del “ius”.

Aún así, nunca se podrán considerar términos equivalentes (derecho comercial internacional y *ius mercatorum*), porque el *ius mercatorum* es un modo especial de crear derecho, y el derecho comercial, es “derecho creado”, por la vía que sea, pero que regula directa o indirectamente la operación comercial internacional.

Si se quiere, y a los fines didácticos, se podría concluir (con validez relativa) que, estáticamente, las normas (hoy) producto del *ius mercatorum* son sólo una parte del derecho comercial internacional, y dinámicamente, que el *ius mercatorum* produce normas para el comercio internacional sin mediación de la sociedad política, independiente-

mente, de que existen otros modos de producción de estas normas y para este ámbito.

Tampoco se puede decir que los ámbitos en los que se gestó la idea inicial del *ius mercatorum*, sean los mismos que los que se dan para el desarrollo del actual *ius mercatorum*, aunque ello pierde relativa importancia, porque estamos hablando de “un modo de crear derecho” sin mediación de la sociedad política, cualquiera sea la realidad socioeconómica y cualquiera sea la organización política de la que se esté hablando.

No se crea que antes ni tampoco ahora, no existe interconexión entre las organizaciones sociales que detentan el poder político y el resultado del *ius mercatorum*.

En los extremos: en la ejecución de la normativa, siempre el *ius mercatorum*, necesita de las organizaciones que detentan el poder político.

Antes, “los estatutos municipales garantizaban derechos de monopolio sobre la producción local a la clase mercantil (los artesanos de la ciudad); así como los agricultores del entorno tienen prohibido vender sus productos a los forasteros y, en el mercado local, aquellos sólo pueden vender al detalle, quedando reservado el comercio al por mayor a los miembros de las corporaciones mercantiles”.¹⁷

Ahora, y en el ámbito del comercio internacional, ¿no necesitan los empresarios los acuerdos multilaterales GATT, OMC?, ¿cómo se ejecuta un laudo arbitral en el país del deudor y sobre los bienes del deudor sin utilizar las organizaciones políticas estatales y supranacionales?

Todas estas cuestiones merecen un mayor desarrollo, sin embargo, es válido concluir que: *a)* el *ius mercatorum* no desapareció nunca como modo especial de generar derecho comercial, *b)* que no se identifica con el término estricto y técnico de “ley”, *c)* que no debe ser identificado como equivalente a “todo” el derecho del comercio internacional y *d)* que no es antagónico de la función reguladora que las organizaciones políticas nacionales y supranacionales tienen del comercio internacional y complementaria incluso de las propias normas en situación más pura de generación del *ius mercatorum*. Hasta allí, nuestro pensamiento, en síntesis.

En otros extremos, y con distintos fundamentos se ubican los prestigiosos doctrinarios del derecho comercial contemporáneo, ofreciendo vi-

¹⁷ Galgano, *op. cit.*, nota 13, p. 42.

siones que mueven a la reflexión crítica, pero, aunque sea a manera de mención, debemos considerarlas.

Con un sentido descriptivo, y clásico, se pronuncian Uría y Menéndez, señalando que “la globalización de la economía ha influido en el derecho mercantil, el cual ha asistido al nacimiento de una *nueva lex mercatoria* supranacional, de un derecho contractual de producción autónoma, creado por los propios operadores del comercio, en el que los conflictos no se someten a los jueces y tribunales nacionales, sino a cortes arbitrales de creciente prestigio. El reconocimiento universal del principio de la autonomía de la voluntad ha sido el factor que más ha contribuido a la génesis de este derecho sustancialmente uniforme, asentado en algunos convenios internacionales y, sobre todo, en los contratos tipo elaborados por los profesionales del comercio exterior, y asentado en las prácticas y en los usos de ese comercio. La afirmación progresiva de este nuevo derecho mercantil uniforme del comercio internacional, que recuerda el proceso formativo del viejo *ius mercatorum* como derecho consuetudinario de vigencia universal, está contribuyendo poderosamente a superar la tradicional distinción entre los sistemas jurídicos del civil law y los sistemas jurídicos del common law.¹⁸

Frente a esta observación que calificamos de “descriptiva y clásica” de la problemática en estudio, se encuentran las palabras “fuertes” de Galgano, quién superando posiciones anteriormente expuestas señala que: *a)* el contrato es el principal instrumento de innovación jurídica, *b)* que el mundo de los negocios produce frenéticamente nuevos contratos, *c)* que las convenciones internacionales de derecho uniforme son poco frecuentes, *d)* la uniformidad internacional de los modelos contractuales es un valor sumo para las empresas, *e)* denuncia una escasa inclinación de los legisladores nacionales hacia la integración internacional del derecho, *f)* los jueces tienen conductas antagónicas frente a este fenómeno, *g)* el contrato sustituye a los poderes públicos, *h)* hay un derecho supranacional de formación espontánea mercatorio que se vale para la coerción de los órganos del estado, *i)* la fuente de producción de la *lex mercatoria* es el uso, y su fuente de conocimiento los Principios Unidroit, *j)* anuncia el reemplazo de los órganos del Estado para la formación de las leyes por la “mediación cultural de los juristas”, *k)* ha desaparecido

¹⁸ Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, p. 35.

el poder de gobierno de los Estados frente a las empresas multinacionales, 1) anuncia el reemplazo de la democracia por la tecnodemocracia.

Con esta base y en especial referencia a los Principios Unidroit, señala que “nos encontramos, por consiguiente, en presencia de derecho consuetudinario que se impone a los derechos nacionales y que no se pueden derogar por las partes del contrato. Esto implica la desaparición de cualquier duda sobre estos usos, que han de ser considerados como usos normativos y no como simples usos contractuales... y así la mediación política de los intereses en juego, propia del derecho, legislativamente creado por los Estados, es sustituida ahora por la mediación cultural de los juristas, características de la antigua *lex mercatoria*”.¹⁹

Aunque sobre el final deja abierta la “puerta intelectual” de preguntarse si las instituciones internacionales serán o no capaces de darnos un nuevo derecho universal.

Conectado con este último planteo de Galgano, creo oportuno introducir una serie de reflexiones que también vale la pena tener en cuenta al momento de sopesar la opinión personal antes vertida.

Así, se ha señalado que “cuando un Estado o una organización internacional oficial procede a codificar normas provenientes del “derecho” transnacional lo que está haciendo, gráficamente, es quitarle las comillas a ese término, convirtiéndolo en auténtico derecho... Debe tomarse en consideración que este procedimiento es apto para clarificar las reglamentaciones a menudo farragosas que rigen el comercio internacional, siempre que se utilicen los instrumentos técnicos adecuados y que se opere con el conocimiento que exigen materias por lo general complejas”.²⁰

Y marcando interrogantes lógicos, se ha dicho que en esta *nueva lex mercatoria* la autonomía de la voluntad se manifiesta en un doble aspecto: como expresión de una nueva costumbre internacional y como procedimiento jurisdiccional especial a través del arbitraje.

¹⁹ Galgano, Francesco, “Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, Barcelona, p. 7; y en iguales términos y mejor traducción en “Interpretación del contrato y *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho Comparado*, Santa Fe, núm. 3, 2001, p. 7.

²⁰ Fernández Arroyo, Diego, “La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?”, *Curso de derecho internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de OEA, 2002, p. 465.

¿Cuáles son sus posibilidades de establecerse y qué mecanismos impulsarán su acatamiento en la comunidad internacional? Los inconvenientes son evidentes y la pregunta obliga a una primera reflexión. El mundo actual es, sin duda alguna, muy distinto al que amparó, en los siglos XIV y XV las corporaciones comerciales del mediterráneo. En primer lugar, la ley es la fuente formal por excelencia y, en consecuencia, parecería que no fuera posible la existencia de otro derecho fuera del establecido por el Estado, es decir, que el contrato como fenómeno jurídico no puede existir más allá del derecho”.²¹

El enfoque traído es decididamente contrario a lo que se postuló en el desarrollo anterior, ya que equipara derecho con ley y desconoce la realidad de las diversas fuentes normativas del comercio internacional.

Con su agudeza crítica, Vicent Chuliá, observa el mismo sentido descriptivo que Uría y Menéndez, pero se interroga sobre la “autonomía” de la denominada *lex mercatoria*, atento a su carácter fragmentario que siempre exige la aplicación de una ley supletoria y porque no puede prescindirse de los tribunales internos para ejecutar los laudos.

Frente a este derecho contractual y de aplicación arbitral, coloca Chuliá el derecho comercial internacional uniforme, donde destaca la labor de la ONU y Uncitral, y pone énfasis en el argumento que el denomina “institucional”, según el cual los contratos poseen funciones propias que interesan a toda la colectividad internacional y que trasciende el interés de las partes.²²

Destacando la agudeza de la defensa que se intenta de la evolución organizada de la sociedad internacional, no se puede dejar de objetar que se coloquen como enfrentados al derecho comercial internacional de base contractual o usual, con el denominado derecho comercial internacional uniforme, no alcanzando a percibir que constituyen facetas diferentes de una misma regulación.

²¹ Maekelt, Tatiana B., “Fuentes del derecho internacional privado: La costumbre internacional y la nueva *lex mercatoria*”, *Cursos de derecho internacional*, OEA, 2000, p. 673.

²² Vicent Chuliá, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Barcelona, Bosch, 1991, pp. 65-67.

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Debemos iniciar este apartado formulando una pregunta inicial, ¿existe o no autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales?

Previo a la respuesta, debemos decir que estamos analizando esta cuestión desde el encuadre jurídico, ya que también cabría realizar una pregunta derivada y sería, ¿esa autonomía de la voluntad jurídica, es también desde lo económico y social?, lo que ofrecería una respuesta disímil, según sea un empresario grande o pequeño, de un país u otro, o un Estado empresarial u otro, etcétera.

Por supuesto que la autonomía de la voluntad existe y se manifiesta, como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los contratos comerciales internacionales. Ello se encuentra reconocido en los diversos instrumentos generales que hemos analizado.

Así, la Convención de Roma dice que “un contrato se regirá por la ley elegida por las partes”. La CIDIP-V señala que “el contrato se rige por el derecho elegido por las partes”. Los Principios Unidroit señalan que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

Con estos meros indicadores podemos señalar que en materia de comercio internacional existe reconocida, convencional y usualmente el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Este tema ha sido desarrollado, fundamentalmente, en el ámbito del derecho internacional privado, donde los distintos autores han reconocido la denominada autonomía material de las partes y la autonomía conflictual, aplicando supletoriamente en defecto de elección expresa el derecho que correspondiere según las normas del DIP. Esta autonomía material puede manifestarse a través de la incorporación de cláusulas materiales que excluyen normas de DIP aplicables con los límites que se encuentran en el orden público internacional, y las normas de policía. Esta autonomía material es creadora de normas sustanciales, materiales del contrato, a diferencia de la autonomía conflictual, por las cuales se elige un derecho aplicable. También se distingue de la autonomía universal porque está desvinculada de todo derecho.²³

²³ Cfr. Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, t. 1, pp. 183 y ss.; en igual sentido Basz, Victoria y Campanella, Elisabet, *Derecho internacional privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 203 y ss.

Ubicamos a la autonomía contractual de las partes en su manifestación material, como constructor de sus propias normas contractuales; desde su manifestación “conflictual”, como elector del derecho aplicable al contrato y sin perjuicio de una manifestación más que del derecho de elegir el juez o arbitro que ha de decidir sus controversias.

En este sentido, se ha expresado que “al término autonomía” aplicado a la voluntad, y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuirse dos significados; de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia normas jurídicas ab initio y que al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto, es absoluto. Por otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido lo habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.²⁴

Soslayando este origen y efecto que se le pretende asignar en las dos vertientes señaladas, no se puede dudar de que esta autonomía de la voluntad existe y que tiene diversas manifestaciones.

No se puede dejar de señalar que la manifestación más amplia es la que surge de la propia regulación del contrato que realizan las partes.

Los contratos comerciales internacionales, de importancia, definen con claridad y exhaustividad (o por lo menos es de buena práctica comercial hacerlo) el objeto, los pactos esenciales, las consecuencias del incumplimiento, y la forma de resolver sus diferencias o conflictos. Esto es pura autonomía material de las partes.

También, la utilización de normas usuales uniformes como pueden ser las emitidas por la Cámara de Comercio Internacional, incorporándolas al contrato directamente o con modificaciones y sujetándose al contenido que les ha sido otorgado por el organismo empresarial. Esto también es autonomía material de las partes, aunque cede parte de ella en lo que al contenido de las cláusulas refiere.

Si a este esquema se le adiciona el hecho de que las partes eligen someterse a un Tribunal Arbitral Privado, tendríamos que el círculo de la autonomía material estaría cerrado.

²⁴ Uzal, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, *Diario ED*, 4 de noviembre de 1998.

Sin embargo, no debe escapar a nuestra observación, que para ejecutar ese laudo, deberá estarse a lo dispuesto por las convenciones aplicables en la materia y a lo que dispone sobre la ejecución de laudos arbitrales el derecho procesal de orden público del país de la ejecución; con lo cual, la autonomía de la voluntad, en su máxima expresión, encuentra un límite, ya que no depende de la “voluntad” de las partes en forma autónoma la ejecución pretendida.

Aquí deseo hacer referencia que ello puede no suceder y tendríamos entonces a un contrato comercial internacional, que se gestó, se perfeccionó y se cumplió en el ámbito exclusivo de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que es desde mi perspectiva su máxima expresión.

Todo ello sin ignorar, que los bienes para entrar y salir del país, al igual que las divisas, por ejemplo, deberán cumplir con las normas estatales correspondientes.

Sin perjuicio de ello, podemos escalar en el análisis y abordar la segunda manifestación de esta autonomía de la voluntad de las partes, denominada en el ámbito del DiPr, como “autonomía conflictual” y que hemos de llamar “autonomía de elección”.

Las partes, como hemos visto, tienen en su ámbito la posibilidad de elegir, total o parcialmente, el derecho —uno o varios— aplicable al contrato, y también el juez o el árbitro que ha de entender si surgen controversias.

Esta posibilidad de elección se encuentra determinada en los distintos instrumentos internacionales que hemos analizado: pueden elegir el derecho aplicable; pueden elegir uno o varios derechos; pueden fraccionar el derecho y el contrato; pueden excluir derechos y convenciones; pueden elegir principios como los de Unidroit y cláusulas como las INCOTERMS; sus límites se encuentran en las normas imperativas inderogables, sean de orden público internacional o bien de policía.

En distintos casos, pueden ser las del país con el cual el contrato se encuentre más estrechamente ligado, en otros, la del país donde se deba cumplir la prestación, la del país del derecho elegido, y siempre la del país del juez que actúa.

También en uso de esta autonomía de la voluntad, pueden no elegir un derecho aplicable o un juez o árbitro para entender en sus controversias, con lo cual entran a funcionar las normas de DiPr que correspondan, conforme las convenciones internacionales, los tratados multilaterales, los acuerdos bilaterales y las normas de DiPr de cada uno de los Estados.

En Argentina, cabe reseñar rápidamente, las pautas que traen los artículos 1205-1216 en materia de DiPr, sin perjuicio de otras normas que resulten aplicables. Dejamos fuera del análisis los contratos en para violar la ley estatal propia o de otro estado o de objeto inmoral, regulados por los artículos 1206, 1207 y 1208. El sistema nos ofrece el lugar de cumplimiento, o el lugar del domicilio del deudor, en su caso de la prestación característica, con normas especiales para el supuesto de inmuebles (1211) y con referencia a contratos realizados fuera del país, el lugar de celebración para su validez o nulidad (1205). Por supuesto, todo ello con un alto grado de imprecisión pues deben observarse distintas normas con origen diverso, la complejidad del contrato, las normas de policía, el orden público internacional y las particulares maneras de resolver los casos desde la óptica del DiPr.

Aunque debo resaltarlo, porque estoy convencido de ello, es que el límite que siempre existe y que es infranqueable, surge al momento de la pretendida ejecución de la sentencia o del laudo arbitral, donde las partes no lo podrán hacer a su plena y libre voluntad, sino que deberán respetar las reglas básicas de la materia que surge de las convenciones y leyes vigentes.

Aquí, cabe recordar que la República Argentina ha aprobado mediante la Ley 23.619, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que sólo se aplica a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el derecho interno, siempre que exista reciprocidad y concordancia con la Constitución nacional y respecto de un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje, y dicho laudo se ejecutará conforme las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde las sentencias sean invocadas, lo que nos lleva al CPCCN.

Concordantemente, y en el ámbito interamericano, Argentina ha ratificado a la CIDIP-I de Panamá de 1975 y a la CIDIP-II de Uruguay 1979, que también, en la ejecución del laudo remiten a las normas procesales del Estado de ejecución, o sea el CPCCN.

En el ámbito del Mercosur, por Ley 25.223, se aprobaron los acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, que lo admite para resolver controversias de contratos comerciales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado, admite la rectificación o aclaratoria y la nulidad, remite a las CIDIP antes mencionadas y la ejecución debe realizar-

se conforme las normas de procedimiento del Estado de ejecución, o sea el CPCCN.

Así arribamos, suscintamente, al Código de Procedimientos de la Nación, que en su artículo 1o. establece que sin perjuicio de los tratados internacionales, la competencia exclusivamente patrimonial es prorrogable por conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun 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 esté prohibida por ley.

Superada esta condición inicial, el artículo 519 bis, en remisión interna al 517 establece que es necesario que el laudo esté firme y que emane de un árbitro competente; que la parte condenada haya sido debidamente citada y se le haya garantizado la defensa en juicio; que reúna los requisitos formales del lugar donde fue dictado y que reúna los requisitos de autenticidad de la ley argentina; que no sea incompatible con el orden público argentino y que no contradiga una sentencia anterior de tribunal argentino.

Sin embargo, esa no es la única remisión interna, sino que también remite al artículo 737 del CPCCN, que establece que sólo son susceptibles de arbitraje las materias que puedan ser objeto de transacción, lo que nos lleva a los artículos 842 y siguientes del Código Civil.

Superadas estas vallas la ejecución del laudo se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriado y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia, aplicándose las normas sobre los incidentes de ejecución de sentencia.

Obviamente que en el ámbito del comercio internacional, existen distintas instancias arbitrales que a continuación mencionaremos.

Así, deben destacarse las reglas de arbitraje adoptadas por Uncitral cuyo uso ha sido recomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aunque no tienen fuerza de ley en ningún país, y también las reglas de conciliación elaboradas por este Instituto internacional, que desembocan en 1985, en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, recomendada en su utilización por NU.

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se ha constituido en la más importante institución para arbitrar gozando de confianza y respeto por parte de los empresarios de todo el mundo, a pesar de que no es una institución gubernamental, sino que forma parte de la CCI que es una institución privada con asiento en París, y cuenta con sus propias reglas de arbitraje.

También hay otras cortes de arbitraje como la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Asociación Americana de Arbitraje, con sede en Nueva York.

Junto a ellas conviven centros creados por convenciones internacionales, como el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de Contratos de Inversión, creado en virtud de la convención respectiva. En el ámbito europeo existe la Convención Internacional de Arbitraje Comercial ratificada por distintos países.

Retomando nuestra cuestión tenemos entonces que las partes en uso de esa autonomía de la voluntad pueden:

- a) Construir sus propias normas de sustancia y forma y elegir sus propios árbitros y procedimiento arbitral.
- b) Adoptar principios de derecho uniforme o no del ámbito comercial internacional (derivadas de Uncitral o de Unidroit).
- c) Adoptar cláusulas usuales del comercio internacional (derivadas, por ejemplo, de la CCI).
- d) Elegir derecho y juez o árbitro, con plena libertad.
- e) No elegir y sujetarse al derecho y la jurisdicción que surja de la aplicación de las normas de DiPr.
- f) No pueden excluir normas de orden público internacional y normas de policía.
- g) No pueden ejecutar a su voluntad libre sentencias y laudos arbitrales.

Es importante recordar los límites, los cuales hemos mencionado en diversas oportunidades, así, “se señala que los límites para la autonomía material son los mismos que para la autonomía conflictual”, o sea, los principios de orden público y las normas de policía, de la ley del foro; las normas de policía y las normas coactivas de la ley del contrato y las normas de policía de terceros estados que guarden con el contrato una

relación económica preponderante, lo que no significa decir que en algunas hipótesis, alguna de ellas puedan ser desplazadas.²⁵

En otro sentido, y recogido de la práctica internacional, se ha dicho que por muy detallado y extenso que sea un contrato internacional, es imposible que regule todas las posibles situaciones que pueden plantearse en una relación comercial a largo plazo. Las partes del contrato deben ser conscientes de este hecho y disponer por mutuo acuerdo de un sistema completo de interpretación del contrato.

Esto es lo que se denomina “derecho supletorio”, el conjunto de reglas jurídicas que, formando un sistema, sirven para completar e interpretar un contrato internacional.²⁶

El sistema legal de referencia que las partes elijan servirá para reducir el coste de la incertidumbre, ya que en último término siempre existirá una norma escrita a la que pueda referirse la persona encargada de juzgar el litigio.

El sistema supletorio elegido por las partes para completar e interpretar el contrato puede consistir, también en “los principios generales del derecho comercial internacional”, tal como estos sean entendidos por un árbitro imparcial designado conforme al procedimiento acordado en el contrato.

La utilización de los principios generales del derecho comercial internacional y de la legislación de un país concreto como sistemas de referencia contractual son dos opciones igualmente válidas.²⁷

También es importante destacar que en un laudo reciente de la Corte Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio Internacional del 24 de julio de 2000, se refiere a los Principios Unidroit como fuente aplicable del derecho comercial internacional.

Es sumamente interesante, desde nuestro punto de vista, cotejar esa autonomía de la voluntad, con otras cuestiones que no tienen que ver con el orden público internacional o las normas de policía o el derecho aplicable a la ejecución del laudo, que se muestran como límites no franqueables.

En este sentido, tenemos tres inquietudes:

²⁵ Cfr. Uzal, *op. cit.*, nota 24, p. 3.

²⁶ Asunto Winston Corporation contra Rubio Tuduri, Sentencia del Tribunal Supremo de España, 30 de mayo de 1961.

²⁷ Arrabal, *op. cit.*, nota 5, p. 287.

- a) ¿Pueden desplazar al derecho comercial internacional uniforme?
- b) ¿Pueden imponer normas a los consumidores?
- c) ¿Pueden imponer cláusulas estándares en los contratos comerciales por adhesión?

En el primer caso, entendemos que sí, aunque no sea conveniente. En el segundo caso, entendemos que no es posible ni aconsejable y ello lo demuestra la regulación que trae la Convención de Roma de 1980 sobre Obligaciones Contractuales de la que surge una interpretación y aplicación “pro consumidor”.

“La elección de una ley hecha por las partes no tendrá como resultado privar al consumidor de la protección que le otorgan las normas legales obligatorias del país en que tiene su residencia habitual” (artículo 5.2.).

Lo que es importante desde una lógica “humanizada” de la práctica del derecho comercial internacional.

En el tercer caso, los Principios Unidroit, las definen señalando que son aquellas “preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizados, de hecho sin ser negociadas con la otra parte” (2.19).

Al respecto, la cláusula será válida, salvo que sea sorpresiva; entre una cláusula negociada y otra estándar se prefiere la negociada y se les interpreta contra proponente (2.20; 2.21).

Es muy importante considerar estos dos límites, necesarios para preservar márgenes de “equidad” en la negociación de los contratos comerciales internacionales, resguardando así parámetros necesarios para un desarrollo lógico y adecuado del comercio internacional, mediante “autolimitaciones” surgentes de la propia autonomía de la voluntad.

La CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse con base en la autonomía material de las partes en la causa “Tactician Inc. Corp.”, publicada en Fallos 317 182. En ese precedente, la Corte señaló que el derecho aplicable en virtud de las normas del DiPr en materia de Corretaje fue desplazado por el acuerdo de las partes de considerar que la comisión por el corretaje sólo se devengaba a partir de la operación concretada o cumplida totalmente, lo que es distinto que la solución que trae para el corretaje la ley argentina, que considera que el derecho a la comisión surge con el perfeccionamiento del contrato.

En el caso Moka SA, del 7 de marzo de 2000, se dice que la Corte reitera su posición sobre la autonomía material (era el caso de la Flia. Grai-

ver), que dio pleno valor al derecho elegido por las partes para juzgar la prescripción.²⁸

Es interesante la pauta de interpretación que utiliza la CSJN, en la causa Rodríguez, del 15-4-1993, DT 1993-A-753, al señalar que si la solución de un caso puede contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, la cuestión reviste significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscita cuestión federal trascendente. Ello es un buen mensaje en aras de la mejor comprensión y desarrollo de toda la materia vinculada con el comercio internacional.

Finalmente, es importante tener en cuenta para analizar los distintos temas, el contexto socio económico e histórico en el cual el análisis se realiza. En tal sentido, estamos atravesando una crisis mundial, con guerras internacionales, con naciones ricas y pobres, con las primeras crisis multinacionales de las empresas con impacto universal; con un fenomenal desarrollo de la tecnología —en particular la informática—, que impactan sobre el comercio internacional.

Pero de todas las características, la mundialización parece ser la más significativa a tener en cuenta, para poder otorgar un marco adecuado al análisis del tema en desarrollo.

Se ha dicho que el fenómeno de la mundialización es el más significativo, en primer lugar, porque el surgimiento de un espacio político y económico universal ha terminado con las economías regionales aisladas y con las organizaciones centradas en el Estado-nación. En segundo lugar, porque la mundialización ha potenciado el impacto de los medios de comunicación social sobre los individuos y los pueblos, creando así un nuevo espacio cultural que homogeneiza al mismo tiempo que divide a los actores sociales. En tercer lugar, porque la solución a problemas tales como el hambre, el desempleo, los desequilibrios ecológicos, sólo se pueden resolver ahora en escala planetaria. Todos estos nuevos contextos han generado a su vez la posibilidad de establecer un sistema de desarrollo y un gobierno mundial.

La mundialización no equivale a universalización. No quiere decir que todos participan o participarán del mismo mundo, aunque todos sufrimos sus consecuencias. La mundialización es un proceso por el cual se

²⁸ Con referencia a la *lex mercatoria* se puede citar el caso EBASA, del 20 de octubre de 1998, y en referencia a la autonomía de elección el fallo de la CSJN del 26-12-1995, publicado en *Diario ED* 167-13.

establece un espacio económico, social, político y cultural común. Para decirlo con una imagen de McLuhan, estamos viviendo en la “aldea global”. Falta saber si transitamos hacia una comunidad mundial solidaria o si marchamos hacia una forma de retribalización... El nuevo mundo necesita una nueva conciencia histórica y filosófica para aprender de los fracasos del pasado, para comprender el sentido del presente y para elaborar los proyectos del futuro. A todos nos concierne comprender las mutaciones actuales y a todos nos compete ser sujetos del proyecto histórico de la humanidad.²⁹

²⁹ Pérez Lindo, Augusto, *Mutaciones (Escenarios y filosofías del cambio de mundos)*, Buenos Aires, Biblos, 1995, pp. 18 y 19.