

LEX MERCATORIA, GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y COACCIÓN EXTRAESTATAL*

CRISTIÁN GIMÉNEZ CORTE**

SUMARIO

I. Introducción

II. Contenido de la nueva *lex mercatoria*

III. Garantías independientes

IV. Relaciones

1. *Lex mercatoria* como derecho aplicable a las garantías independientes
 - 1.1. Autonomía de la voluntad.
 - 1.2. Ausencia de determinación del derecho por las partes
2. Garantías independientes como «coacción» extraestatal

* Publicado por primera vez como: “*Lex mercatoria*, garantías independientes y coacción extra-estatal” en la *Revista de derecho internacional y Mercosur*, año 6, N° 3, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, junio 2002.

** Docente de derecho internacional privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Rosario. Moreno 3358 (3000) Santa Fe, Argentina. Tel./fax: (+54-342) 458 03 90. Correo electrónico: criscort@fcjs.unl.edu.ar.

RESUMEN

El objeto de este ensayo consiste en el intento de mostrar las relaciones estrechas que presentan las garantías personales en el derecho internacional privado (DIP), y dentro de ellas las garantías independientes, con el fenómeno jurídico que se ha denominado nueva *lex mercatoria*.

PALABRAS CLAVE

Lex mercatoria, usos comerciales, costumbre jurídica, derecho internacional privado, garantías, garantías a primera demanda, contratos internacionales.

ABSTRACT

The main objective of this essay consist on the analysis of the relations between the guarantees within the Private International Law, and specially the Independent Guarantee on First Demand with the legal phenomena usually named new lex mercatoria.

KEY WORDS

Lex mercatoria, trade usages, legal custom, international private law, guarantee, demand guarantees, international contracts.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este ensayo consiste en el intento de mostrar las relaciones estrechas que presentan las garantías personales en el derecho internacional privado (DIP), y dentro de ellas las garantías independientes, con el fenómeno jurídico que se ha denominado nueva *lex mercatoria*.

Estas relaciones se pueden observar desde dos puntos de vista.

En primer lugar cabe analizar la probabilidad de regular a las garantías independientes no ya por medio de una ley nacional, o por medio de una convención internacional, sino por medio de la *lex mercatoria*; lo que implica el paso lógico previo de definir qué se entiende por *lex mercatoria*.

En segundo lugar, pero no por ello menos importante, es plausible preguntarse por la posibilidad que las garantías personales, constituyan un elemento constitutivo esencial de la *lex mercatoria*.

En este orden de ideas, se analizara en primer lugar el concepto de *lex mercatoria* (II), posteriormente se definirá brevemente lo que se entiende por garantía independiente (III), luego se establecerán las relaciones entre ambos fenómenos jurídicos (IV) y finalmente y a modo de conclusión nos preguntaremos ¿es posible que el Estado-nación haya perdido el monopolio de la fuerza legítima?

II. CONTENIDO DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Existe un debate aún pendiente de solución y es el relativo a la conceptualización, o “naturaleza jurídica”, de la así llamada *nueva lex mercatoria*.

Es necesario destacar, sin embargo, que este debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero recién comienza a plantearse en América Latina.

Amplios sectores de la doctrina del derecho internacional privado directamente desconocen su existencia.

Y aun entre aquellos que reconocen la existencia de la *lex mercatoria* existen varias tesis que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno observado¹.

1 Para un estudio profundo sobre el debate en torno a la *lex mercatoria* véanse en general: de LY, FILIP; *International Business Law and the lex mercatoria*, TMC Asser Institute, The Hague, 1992; y BERGER, KLAUS PETER, *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

En una muy apretada síntesis, se pueden clasificar estas distintas posturas sobre la *lex mercatoria* de la siguiente manera:

Un sector de la doctrina considera que la *lex mercatoria* es un mero *recurso interpretativo* de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales, es decir, que ante la duda sobre el sentido y el alcance de un artículo de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo².

Otra postura considera que la *lex mercatoria* es una especie de *derecho intersticial*, que se aplicaría solamente en aquellos intersticios, vacíos, o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales³.

CLIVE SCHMITTOF por su parte, toma un punto de vista diferente; según él la moderna *lex mercatoria* es una *creación deliberada* de ciertas *formulating agencies* como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (en adelante ICC).

Finalmente, por ejemplo BERMAN y DASSER consideran que la nueva *lex mercatoria* es derecho de raíz *consuetudinaria*, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la edad media⁴.

Si bien es cierto que se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la edad media con los que se manifiestan en la posmodernidad, existen sin embargo interesantes diferencias.

Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la *vieja* como la *nueva lex mercatoria* está formada por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal;

2 Véase KEITH, HIGHET, “*The enigma of the lex mercatoria*”, en *Lex mercatoria and arbitration*; T.E. CARBONEAU, editor, Transnational Juris Publications, New York, 1990.

3 BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 1098 y sigs., y LOWENFELD, ANDREAS F., “*Lex mercatoria. An arbitrator’s view*”, en *Lex mercatoria and arbitration*, T.E. CARBONEAU, editor, Transnational Juris Publications, New York, 1990.

4 BERMAN, HAROLD y DASSER FELIX, “*The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy*”, en *Lex mercatoria and arbitration*, T.E. CARBONEAU, editor, Transnational Juris Publications, New York, 1990.

que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades propias del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional que regirá una determinada relación jurídica.

Pero existen también algunas importantes diferencias de contenido. Así la nueva *lex mercatoria*, el nuevo derecho transnacional consuetudinario, presenta características y fuentes particulares.

A la par de los: 1. los contratos internacionales; y 2. los usos y costumbres del comercio internacionales, se pueden encontrar manifestaciones normativas propias de la “nueva ley de los comerciantes”; como ser 3. las condiciones generales de contratación y los *standards forms*; 4. las reglas de las asociaciones profesionales y las *guidelines*; 5. los principios generales del comercio internacional, y los *restatements of law*; 6. los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes y las *model laws*; y 7. los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la *equidad*⁵.

1. Los *contratos* comerciales constituyen fuente principalísima del derecho del comercio internacional; ante la repetición de los mismos, algunos se han tipificado en condiciones generales y *standard forms*, y otros han devenido en usos y costumbres.
2. Muchos de los *usos* —aunque no todos— han sido recopilados y sistematizados, como ejemplo se pueden citar a:
 - Las reglas y usos uniformes para los créditos documentados (ICC *publication* n° 500);

5 FILIP DE LY, *op. cit.*, pág. 133, y FILIP DE LY; *Uniform Commercial Law and International Self Regulation*, en *Diritto del Commercio Internazionale —practica internazionale e diritto interno—*, 11:3, Luglio, septiembre 1997, Guiffre, pág. 519; quien incluye además a las convenciones internacionales vigentes.

- Los INCOTERMS 2000;
 - Los ICC *General Usages for Digitally Ensured Commerce*;
 - Los ICC reglas uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación (RUG);
 - Las ICC reglas sobre prácticas internacionales en materia de créditos contingentes (ISP 98).
3. A su vez, tanto la ICC como otras “organizaciones reconocidas de comerciantes” también llamadas, *formulating agencies* recopilan ciertas prácticas y sistematizan ciertos *modelos de contratos*, o *formulan standard forms* o condiciones generales de contratación; como ejemplo se cita:
- *ICC Model Form for Issuing Demand Guarantees*, (ICC Publication n° 458);
 - *ICC Model Form for Issuing Contract Guarantees*, (ICC Publication n° 325);
 - *Standard Trading Conditions of the Institute of Freight Forwarders*;
 - *IATA, International Air Transportation Association, uniform airway bill and standard contract form*;
 - *IMO, International Maritime Organization, Model Contracts*;
 - *FIDIC, Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils, Conditions of Contract International for Works of Civil Engineering Construction (3rd edition 1977)*.

4. O también se formulan reglas uniformes, o *guías* para redactar contratos, o para realizar diversas operaciones comerciales; así se encuentran:
- *FCI, Factor Chain International, Code of International Factoring Custom*, 1987,
 - *ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Guideline on the Treatment of Foreign Direct Investment*,
 - *ICC Guide to Drafting International Distributorships Agreements (ICC Publication n° 441 (E))*,
 - *ICC Guidelines on International Interbank Funds Transfers and Compensation (ICC Publication n° 457)*;
 - *ICC International Custom Guidelines (ICC Publication n° 587 (E))*,
 - *ICC Code on Sponsorship (ICC Publication n° 523)*,
 - *IMO, International Maritime Organization, Code for the Safe Carriage of Grain in Bulk -International Grain Code-*, (*IMO Publication 240 E*),
 - *ICC Uniform Rules on Collections, (ICC Publication 522)*⁶.

6 Aun cuando tanto las reglas y usos uniformes del crédito documentado y los INCOTERMS son utilizados y aplicados y todos los países del MERCOSUR, ya sean por incorporación expresa por las partes, o por aplicación por los jueces, las *ICC Uniform Rules on Collection*, estas reglas sobre cobranzas bancarias internacionales, presentan una característica importante. La mayoría de los bancos de Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay se han adherido a estas reglas. Es decir, que la mayoría de los cobros bancarios en el MERCOSUR se rigen por estas normas. Estas normas, en las relaciones interbancarias son una especie de “derecho

5. Se encuentran también los *principios generales del comercio internacional*, y los *restatements of law*.

Los principios generales del derecho, es decir aquellas reglas generales sobre las que se asienta todo el sistema jurídico, pueden también constituirse como parte del derecho transnacional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se trata de sobrepasar el conflicto de leyes buscando los principios comunes a dos o más ordenamientos jurídicos, y resolviendo el conflicto de acuerdo a ese principio.

De esta forma, algunos juristas realizando una investigación de tipo comparativo han recopilado o reformulado (*to restate*) los principios jurídicos comunes a las legislaciones de los diferentes sistemas nacionales.

Los dos principales ejemplos de esta tarea son los *Principles of International Commercial Contracts* de 1994, realizada por UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law y los *Principles of European Contract Law*, realizada por la Commission of European Contract Law, bajo la dirección del profesor OLE LANDO.

Otros autores han realizado una tarea comparativa, analizando esta vez laudos arbitrales, y destilando de ellos sus principios comunes.

Así MUSTILL ha formulado los siguientes:

“1. Contracts should be prima facie be enforced according to their terms (pacta sunt servanda),

5. A contract should be performed in good faith;

7. A State entity cannot be permitted to evade the enforcement of its obligations by denying its own capacity to make a binding agreement to arbitrate, as by asserting that the agreement is unenforceable for want of procedural formalities to which the entity is subject,

uniforme”, y en las relaciones banco-cliente son incorporadas a los contratos de cobro por medio de la autonomía de la voluntad. Véase la página *web* de la ICC donde se muestra la lista de adhesiones a estas reglas: <http://www.iccwbo.org>

9. *If unforeseen difficulties intervene in the performance of a contract the parties should negotiate in good faith to overcome them even if the contract contains no revision clause;*

11. *One party is entitled to treat itself as discharged from its obligation if the other has committed a breach, but only if the breach is substantial,*

15. *A party that has suffered a breach of contract must take reasonable steps to mitigate its loss,*

17. *A party must act promptly to enforce its right, on pain of losing them by waiver,*

19. *Contracts should be constructed according to the principle *ut res magis valeat quam perreat*,*

20. *Failure by one party to respond to a letter written to it by the others is regarded as evidence of assent to its terms,*

[...] in the face of an unforeseen event, a party is either completely discharged from its obligations or is fully liable”⁷.

Otros han realizado una tarea de tipo académica y, comparando todo tipo de fuente de derecho comercial, han realizado una lista de 78 “principios, reglas y *standards* de la *lex mercatoria*”⁸.

6. *Los códigos de conducta*, las convenciones internacionales aún no vigentes y las *model laws*.

Una vía posible y alternativa para intentar la regulación de los casos internacionales está dada por las llamadas “*leyes modelos*”.

De esta manera, ante la imposibilidad de lograr un tratado internacional sobre determinada materia, se redacta, generalmente

7 Citado por LOWENFELD, ANDREAS F., *Lex mercatoria. An arbitrators view, lex mercatoria and arbitration*, T.E. CARBONEAU, editor, Transnational Juris Publications, 1990, New York, pág. 54.

8 BERGER, KLAUS PETER; *op. cit.*, págs. 278-311.

por organismos internaciones, un “molde” o “forma”, una “norma patrón-ideal” a imitar por el legislador interno, de tal modo que se emita dentro de cada país una ley positiva que contenga el mismo texto o el más similar posible.

Por ejemplo, se puede nombrar a:

- *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*,
- Ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

Junto con las leyes modelo, se pueden clasificar a los *códigos de conducta*, que en definitiva son también instrumentos legales que intentan regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales como, principalmente, las actividades de las empresas multinacionales en los países huéspedes.

Los códigos de conducta constituyen, junto con las leyes modelo, herramientas jurídicas que en principio carecen de fuerza legal, de fuerza vinculante; es decir, no serían obligatorias.

Y tienen también, un fundamento similar a las de las leyes modelos, es decir, ante la extrema dificultad de sancionar una convención internacional sobre determinada materia, se “formula” un instrumento que define reglas o *standards* básicos de conducta; y que podrían ser incorporados voluntariamente por las partes en sus contratos, o tal vez aplicados como usos, o inclusive como principios jurídicos.

A diferencia de las leyes modelo, los códigos de conducta están dirigidos a los particulares, y no a los estados; y en su elaboración o formulación intervienen tanto organismos de carácter estrictamente privado como organismos intergubernamentales⁹.

9 Véase en general: BAADE, H.W., *The legal effects of the code of conduct for multinationals*. HORN, N., editor; “*Legal problems of rules of conduct for multinational enterprises, Studies in transnational economic order*”, vol. 1, Kluwer, Deventer, 1980.

Como ejemplos se cuentan:

- *ICC-UNCID, Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission —EDI— (ICC Publication n° 452);*
- *ICC Rules of Conduct on Extortion and Bribery in International Business Transactions, 1996 Revision to the ICC Rule of Conduct;*
- *The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation,*
- *The Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises.*

Se ha manifestado, incluso, el fenómeno de convenciones internacionales firmadas pero no ratificadas, y de resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas (en especial las que regulan el espacio exterior, o algunas resoluciones relativas a la descolonización de países africanos y asiáticos), que aún sin fuerza de ley, sin fuerza obligatoria, son aceptadas, practicadas y cumplidas por los estados que forman la ONU; formándose una especie *de costumbre jurídica instantánea* ya que no se presentaría en estos casos el requisito de la temporalidad, tradicional y doctrinariamente exigido¹⁰.

7. *Los laudos arbitrales.*

El arbitraje comercial internacional juega un *rol* importantísimo en la construcción del sistema jurídico transnacional, ya que los

10 BIN CHENG, “*United Nations Resolution on Outer Space: “Instant” International Customary Law?*”, *The Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, pág. 23. Cabe remarcar que estos fenómenos se presentan principalmente en el campo del derecho internacional publico.

árbitros se han constituido en los órganos de aplicación de este nuevo derecho comercial, cumpliendo una especie de función “jurisdiccional” dentro del sistema.

Pero no sólo han aplicado, sino que también han contribuido a crear, a través de los laudos, derecho transnacional.

En general los árbitros gozan de mayor flexibilidad a la hora de elegir el derecho aplicable a determinada transacción, ya que, en principio, no están obligados a aplicar las normas de conflicto del lugar de la sede del arbitraje. Además, los reglamentos de arbitraje, como la *ICC Rules on Commercial Arbitration* de 1998, contienen cláusulas que otorgan al árbitro una discrecionalidad bastante amplia al momento de elegir el derecho aplicable al fondo de una controversia.

De esta forma se han resuelto casos internacionales basados en la “los usos y costumbres internacionales”, en la *lex mercatoria*, en “los principios reconocidos por la comunidad internacional de comerciantes”, y al hacerse públicos estos laudos generan también ciertas corrientes “jurisprudenciales”.

Así por ejemplo, en el famoso laudo del Tribunal Arbitral de la ICC, *Norsolor SA v. Palvack Ticaret*, ante la dificultad para determinar el derecho aplicable el tribunal decide aplicar los usos y costumbre del comercio internacional. Entendiendo que uno de los principios que emanan de las prácticas comerciales es que los contratos deben cumplirse de buena fe. “La buena fe expresa no sólo un estado de ánimo (psicológico), sino también es una costumbre, una forma de comportamiento, una regla de conducta ética”.

De acuerdo entonces al principio de buena fe, el tribunal entendió que Norsolor, no había actuado bien, de acuerdo al buen mantenimiento de las relaciones comerciales, ha incumplido el contrato, y esa rescisión ha causado daños a la otra parte, los cuales deben ser resarcidos. Y con una indemnización muy alta¹¹.

11 *ICC collection of arbitral awards, 1974-1985*, pág. 122. Este laudo fue confirmado judicialmente por la *Cour de Casacion* [1985] I.L.M. pág. 360, y por la *Soupreme Court of Vienna* [1984] Y.C. Arbi. pág. 159.

Intrínsecamente vinculados con los laudos arbitrales se encuentran, por un lado, todos los reglamentos de conciliación y arbitraje como por ejemplo, el *Reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI* antes citado, que constituyen una *normativa procesal* de carácter también transnacional, y por otro la *equidad*.

En efecto, todos aquellos reglamentos de arbitraje, así como también la mayoría de las convenciones internacionales, y las legislaciones de fuente interna sobre arbitraje, facultan a las partes a indicar a los árbitros que resuelvan el problema no según derecho, sino según la equidad. Con el recurso a la equidad, concepto vago y ambiguo si los hay, se les otorga a los árbitros una discrecionalidad muy grande a la hora de resolver un caso internacional.

Como primera síntesis, todas estas formas de producción jurídica, a veces difíciles de clasificar, presentan una característica en común: son de producción *a-nacional* y *a-estatal*.

Es decir, no encontramos ningún órgano de Estado participando de su creación; sino que las mismas son elaboradas en forma *espontánea* por los mercaderes internacionales, o de manera *deliberada* por organizaciones privadas internacionales.

Y también por ello son verdaderamente “transnacionales”, ya que se colocan “más allá” de la nación. Y aun cuando intervengan en su elaboración organismos intergubernamentales, no lo hacen siguiendo los parámetros tradicionales de producción normativa.

En definitiva, son normas que carecen de la fuerza de la ley; pero que sin embargo están vigentes.

Y por otra parte comparten una característica negativa: no son encuadrables dentro de la conceptualización de las fuentes clásicas: no constituyen leyes, no son tratados, no son sentencias de los jueces, ¿*constituyen costumbre jurídica*?

Algún sector de la doctrina ha dado el nombre de *soft law* a estas nuevas manifestaciones del derecho¹².

12 IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *International economic “soft law”*, *Recueils des Courses*, 1979, II (163), pág. 164.

III. GARANTÍAS INDEPENDIENTES

Además de las garantías personales tradicionales, como la fianza o el aval,

“la *práctica comercial* y la jurisprudencia han desarrollado otra figura, el contrato de garantía que pierde el carácter accesorio de la fianza para convertirse en una obligación independiente o autónoma respecto de la relación subyacente que motiva la emisión de la garantía”¹³.

“A su vez, como última fase de esta evolución de la práctica comercial, la garantía independiente ha dado lugar a formas de *garantía* cuya ejecución puede producirse *a primera solicitud*, [o primera demanda] es decir, bastando la mera petición del beneficiario, sin que sea necesario para la reclamación del pago de la garantía aportación documental alguna o prueba sobre el incumplimiento de la relación subyacente”¹⁴

Especificando un poco más, en este tipo de garantías abstractas generalmente interviene un banco, que es llamado el banco garante. Éste se compromete a pagar a favor del beneficiario de la garantía un monto dinerario determinado, si son cumplidas las condiciones previstas en la garantía.

“Estas condiciones pueden referirse a la presentación de un instrumento documental (garantía documentaria) o una mera petición emitida por el beneficiario (garantía a primera demanda)”.

13 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (editor), *Derecho del comercio internacional*, EUREOLEX, Madrid, 1996, pág. 287.

14 FERNANDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, pág. 288. En todos los casos el énfasis es agregado.

IV. RELACIONES

1. *LEX MERCATORIA* COMO DERECHO APLICABLE
A LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

¿Qué derecho rige a las garantías independientes?

Si se califica a las garantías independientes como una especie de contrato, toda la problemática relativa al derecho aplicable a las garantías se subsume en la problemática general del derecho aplicable a los contratos, con las particularidades del caso.

Surgen entonces dos posibilidades. Primero, que las partes del contrato de garantía hagan uso de la autonomía de la voluntad; o bien, que guarden silencio respecto de la elección del derecho aplicable.

1.1. Autonomía de la voluntad

Por medio de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional están facultadas a elegir el derecho nacional aplicable a su relación jurídica (autonomía conflictual), o bien incorporar al contrato cláusulas creadas o elaboradas por las propias partes (autonomía material).

¿Están facultadas las partes, por medio de la autonomía de la voluntad, a elegir como derecho rector de su contrato a la *lex mercatoria*?

Se estima que sí. Las partes de un contrato pueden elegir como aplicable no ya un derecho nacional de un país determinado, sino un derecho transnacional; un derecho de creación no-estatal.

El ejemplo más acabado de esta posibilidad lo brindan las *Reglas y usos uniformes para los créditos documentados* (ICC Publication n° 500), que son generalmente elegidas para regir el contrato de crédito documentado, y que forman parte del contenido de la *lex mercatoria* (véase pto. II)¹⁵.

15 Se podría discutir si la regulación del crédito documentado por las RUU implican una “elección” de derecho, o bien una “incorporación de reglas materiales” al contrato.

Por lo tanto, analógicamente, las partes de un contrato de garantía podrían perfectamente hacer regir el contrato por cláusulas materiales propias, o bien elegir por ejemplo, las *ICC Reglas sobre prácticas internacionales en materia de créditos contingentes* (ISP98), publicación ICC n° 590, para este tipo de garantías, o bien las *ICC Reglas uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación* (RUG).

1.2. Ausencia de determinación del derecho por las partes

Ante la ausencia de autonomía de la voluntad de las partes, debería recurrirse a las normas de conflicto subsidiarias, para determinar el derecho aplicable a una garantía.

Y ante la carencia de normas específicas que regulen este contrato, se hace necesario utilizar las normas de conflicto generales en materia de contratos.

Cabe sin embargo preguntarse si es posible, antes que recurrir a las normas de conflicto, optar por regular el contrato de garantía por otro tipo de fuente del derecho, esto es por normas consuetudinarias.

La respuesta es positiva. El juez que deba determinar el derecho aplicable a la garantía internacional puede, y lo que es más debe, recurrir a la costumbre jurídica transnacional, o a la nueva *lex mercatoria*, y aplicarla aun sin elección expresa por las partes.

Inmediatamente surge otra cuestión, ésta sobre el fundamento de aplicabilidad de la norma consuetudinaria sobre norma legal, en el caso de concurrencia.

Desde el derecho comercial, HÉCTOR ALEGRÍA cree que “en situaciones no regladas legalmente” (art. 17 CC), se debe recurrir a la costumbre; y considera que, por ejemplo las RUU sobre crédito

Sobre este problema, y en general sobre las relaciones entre *lex mercatoria* y garantías en el comercio internacional véase RADZYMSKY, ALEJANDRO, “La ley aplicable a la garantía bancaria «a primera demanda» en el derecho internacional privado argentino”, *Revista del derecho bancario y de la actividad financiera*, septiembre - diciembre 1991, n° 5/6, págs. 935-960.

documentado constituyen una manifestación de la costumbre jurídica internacional¹⁶.

Desde el derecho internacional privado, HAROLD BERMAN no duda en calificar a la *lex mercatoria* como un supuesto de costumbre jurídica; y entre los autores argentinos, BOGGIANO está dispuesto a admitir que en algunos casos se puede considerar a la *lex mercatoria* como costumbre jurídica¹⁷.

Ya desde la teoría general del derecho, tanto GOLDSCHMIDT como NINO consideran que ante un “conflicto” entre la norma legal y la consuetudinaria, prevalece siempre la última¹⁸.

2. GARANTÍAS INDEPENDIENTES COMO “COACCIÓN” EXTRAESTATAL

Lo que se ha dicho precedentemente es aplicable a los contratos internacionales en general, es decir, que éstos pueden ser regulados

16 ALEGRÍA, HÉCTOR; “Regulaciones y usos argentinos en materia de cartas de crédito para el comercio internacional”, en *UNCITRAL y el futuro del derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1994, págs. 158-161.

17 BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, t. II, págs. 65-66.

18 GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 249. “Resulta entonces que la misma prohibición legal del derecho consuetudinario, no previsto legalmente, ha sido derogado por el derecho consuetudinario contrario. En efecto, cualquier fuente formal puede ser derogada por cualquier fuente material posterior; dentro de las fuentes materiales, la posterior se impone a la anterior”.

En el mismo sentido NINO sostiene que “Por lo menos se admite que determinadas normas legales (como las del Código Penal que reprimen el duelo), han quedado derogadas por la costumbre. Esto implicaría que, paradójicamente, el art. 17 del Cod. Civil ha resultado derogado ¡por la costumbre!”.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 4ª reimpresión, 1988, pág. 152. Remárguese el hecho que la costumbre estaría derogando no ya una norma legal civil, sino directamente una norma legal de carácter penal.

Para un análisis detallado sobre la *lex mercatoria* como costumbre jurídica véase GIMÉNEZ CORTE, CRISTIÁN, *Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el MERCOSUR*, Santa Fe, 2001, inédito.

vía la autonomía de la voluntad de las partes, o vía el derecho consuetudinario, por la *lex mercatoria*.

Ahora bien, ¿constituye la *lex mercatoria* un auténtico sistema jurídico, independiente de los derechos nacionales, o en definitiva depende de los sistemas jurídicos nacionales?

Los autores que son críticos de la doctrina de la *lex mercatoria* sostienen que ésta encuentra límites muy definidos al momento de tener que ejecutar las obligaciones derivadas de un contrato internacional.

Es decir, que aun cuando un contrato pueda ser regulado por la *lex mercatoria*, si es necesario recurrir a un juez nacional para solicitar el cumplimiento del contrato, este juez controlará que el derecho aplicable al contrato no viole los principios de orden público del Estado donde pretenda hacerse valer.

Otros autores han considerado sin embargo que es factible extender o dilatar estos límites. En efecto, las partes de un contrato no sólo pueden regular su contrato por la *lex mercatoria*, sino que además pueden prever que en caso de disputas entre ellas, la solución de las mismas se someta a un arbitraje internacional.

Y los árbitros, a no ser representantes del Estado, se sienten menos comprometidos a contrastar en contenido de la *lex mercatoria* que regula el contrato, con el derecho estatal.

GOLDSCHMIDT ha denominado a esta posibilidad “autonomía universal”, ya que el contrato no estaría sujeto, en principio a ningún orden jurídico estatal¹⁹.

Sin embargo, esta última tesitura puede aún ser objeto de crítica. Ya que si bien el árbitro internacional puede laudar basándose en la *lex mercatoria* que regía el contrato, si la parte vencida es reticente a cumplir voluntariamente el laudo, la parte vencedora no tendrá otra alternativa que recurrir, otra vez, al juez nacional para que ejecute —ahora— el laudo.

19 GOLDSCHMIDT, WERNER, ‘La autonomía de la voluntad intra y supra positiva’, en *La ley*, t. 148, pág. 1268. *Lex Mercatoria*, garantías independientes de ciencias jurídicas independientes y coacción extra-estatal.

Y en este momento el juez nacional volverá a realizar el control de orden público.

Por lo que en definitiva, al carecer este nuevo derecho transnacional, del momento de la *coacción*, o posibilidad del uso de la fuerza, legítimamente reservada sólo al Estado, no sería propiamente un sistema jurídico; y, en última instancia dependería siempre del sistema jurídico nacional.

Ahora bien, qué ocurriría si las partes de un contrato internacional eligen para regir al mismo a la *lex mercatoria*, prevén además que cualquier disputa entre ellas sea resuelta por un árbitro internacional; y finalmente, como garantía de cumplimiento del contrato, las partes acuerdan una garantía independiente.

Por lo tanto, si existen fuentes de producción jurídica transnacional (véase punto II), y esas fuentes son aplicadas por órganos transnacionales (árbitros), y las decisiones de los árbitros pueden ser eventualmente ejecutadas por la fuerza “legal” o legítima de carácter no estatal; se puede concluir que se está en presencia de un nuevo sistema jurídico.

Se está frente a un sistema jurídico auténticamente transnacional, de raíz consuetudinaria, independiente de los derechos estatales.

Ya que ni siquiera para la etapa de ejecución forzada de las obligaciones derivadas del contrato, o del laudo en su caso, sería necesario acudir a auxilio de los jueces nacionales, bastando la ejecución de la garantía.

El nuevo sistema jurídico transnacional, se ha perfeccionado, incorporando la coacción extraestatal y legítima, a su universo.

Cabe sólo preguntarse cuál es papel que jugaría, que le toca jugar en este contexto, al Estado-nación.

