

**El Derecho Comercial del mundo globalizado. La Nueva *Lex mercatoria*.**

Por Germán E. Gerbaudo<sup>1</sup>

**1. Introducción.**

El crecimiento acelerado de los negocios internacionales, apoyado por la gran expansión tecnológica en el ámbito de las comunicaciones y el creciente proceso de integración han incrementado las relaciones económicas internacionales.

La revolución tecnológica que se produjo hacia la segunda mitad del S. XX, ha cambiado nuestras vidas y también ha producido incesantes modificaciones en el mundo de los negocios. Horacio Roitman señala que “el hombre contemporáneo habita en una aldea global, en la que está permanentemente informado de todos los acontecimientos que ocurren en el planeta, y tiene al alcance de su mano los instrumentos necesarios para procurar esa información, realizar transacciones, enviar y recibir correspondencia personal, todo sin tener que moverse de su casa”<sup>2</sup>.

Los tiempos actuales se encuentran signados por el fenómeno de la globalización que se presenta como “un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas”<sup>3</sup>. Exhibiéndose a modo de “un proceso multicausal y complejo”<sup>4</sup>, que se exterioriza como “una materia de interés universal”<sup>5</sup>, que provoca una “gravitación cada vez mayor de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial en los ámbitos nacional y regional”<sup>6</sup>.

En el plano económico se operó una mundialización de los mercados, permitiendo “la realización de negocios a escala planetaria; o sea el mundo como un solo mercado”<sup>7</sup>. La globalización comercial es “hagamos un gran mercado del mundo”, donde se negocien todos los bienes y servicios<sup>8</sup>. Se sustituye la soberanía estatal por una nueva soberanía que radica en los mercados y donde el poder de decisión radica en los actores transnacionales<sup>9</sup>.

Como expresamos dicha mundialización de los negocios se ve favorecida por la revolución en el

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magister en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor adjunto de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR), Presidente del Instituto de Derecho Concursal (Colegio de Abogados de Rosario). Secretario Académico de Posgrado (Facultad de Derecho, UNR).

<sup>2</sup> ROITMAN, Horacio, *Previsibilidad, estabilidad y desarrollo de la legislación económica y el Derecho Privado empresario*, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires., Depalma, 1998, p. 255.

<sup>3</sup> BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 1° ed., 2° reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 7.

<sup>4</sup> CAMPINS, Mónica, *Sociedad y Estado en tiempos de globalización*, Buenos Aires, Biblos, 2007, p. 12.

<sup>5</sup> VELARDE FUERTES, Juan, *Sobre la globalización*, en “Anuario Jurídico y Económico Escurialense”, XXXIX (2006), p. 411.

<sup>6</sup> GARCÍA ZAMORA, Rodolfo, *Migración internacional, Tratados de Libre Comercio y desarrollo económico en México y Centroamérica*, en “Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización. Homenaje a Celso Furtado”, Buenos Aires, Clacso libros, 2007, p. 313.

<sup>7</sup> RIVERA, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, en L.L. 21/11/2005, 1.

<sup>8</sup> GONZALEZ FRAGA, Javier, *¿Cómo se armó en la práctica la globalización?*, en “Revista valores en la sociedad industrial”, N° 57, año XXI, agosto 2003, p. 25.

<sup>9</sup> FERRER, Aldo, *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*, 1° ed., 6° reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 24.

campo de las telecomunicaciones y de la informática que permitió una aceleración de la producción industrial y del comercio interno e internacional, que jamás hubiera podido ser concebida a mediados del siglo XX<sup>10</sup>. En la actualidad, asistimos a una red mundial de telecomunicaciones que permite operar en tiempo real en todas partes, generando un “proceso en el cuál la distancia pierde su significado”<sup>11</sup>. Hoy es más fácil que ayer comerciar por encima de las fronteras estatales, cada día que pasa el mundo tiene menos fronteras<sup>12</sup>. Así se puede afirmar que en nuestro tiempo existe una “nueva economía electrónica global<sup>13</sup>” en la cual se “pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado del mundo a otro con el botón de un ratón”<sup>14</sup>.

La globalización está en marcha y genera opiniones encontradas entre quienes la sindicaron como la causa de todos los males y quienes minimizan sus efectos. Pero, lo cierto, es que “no parece que vaya a existir, en mucho tiempo, causa ninguna que la detenga”<sup>15</sup>. Puede suceder que la globalización no sea una palabra particularmente atractiva o elegante. Sin embargo, nadie que quiera entender las perspectivas del mundo actual puede ignorarla<sup>16</sup>.

En este trabajo analizamos como impacta el fenómeno de la globalización en el Derecho y en particular las transformaciones que provoca en el derecho comercial donde hoy podemos indicar que sin dudas existe un nuevo derecho comercial.

## 2. Globalización y Derecho.

La globalización ha provocado una profunda transformación en el Derecho<sup>17</sup>. Se observa un retorno a la *lex mercatoria* como una “consecuencia de un extraordinario incremento del comercio mundial”<sup>18</sup>. La mundialización del comercio y la multiplicación de los negocios -ya que las naciones, para desarrollarse, saben bien ahora que deben “crecer hacia fuera”- traen como consecuencia el desarrollo de un nuevo derecho comercial<sup>19</sup>. En este nuevo derecho mercantil se produce un desplazamiento “desde la empresa a la idea más totalizadora del mercado como centro de constitución económica”<sup>20</sup>.

1. *Una nueva “Lex mercatoria”*: Hay nuevo derecho mercantil en el cual se observa un retorno al pasado, a los orígenes de esta disciplina, dónde surgió como un derecho subjetivo, de clase,

<sup>10</sup> WALD, Arnoldo, *El nuevo Código Civil Brasileño y el solidarismo contractual*, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006-A, p. 62.

<sup>11</sup> BAUMAN, Z., op. cit. 28.

<sup>12</sup> OHMAE, Kenichi, *El próximo escenario global. Desafíos y oportunidades en un mundo sin fronteras*, Bogotá, Norma, 2008, p. 26.

<sup>13</sup> GIDDENS, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 24

<sup>14</sup> Id., p. 24.

<sup>15</sup> VELARDE FUERTES, J., op. cit., p. 411.

<sup>16</sup> GIDDENS, A., op. cit., ps. 19 y 20.

<sup>17</sup> ORREGO VICUÑA, Francisco, *De los contratos y tratados en el mercado mundial*, en “Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades”, 03.2005, “Inversiones extranjeras”, Buenos Aires, Zavalía, p.18.

<sup>18</sup> GRUN, Ernesto, *Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*, en “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, N° 4, 2000/2001, 1.

<sup>19</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *El derecho comercial internacional: Nuevas fuentes*, en L.L. 1992-D, p. 1132.

<sup>20</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, Lección doctoral de Don Aurelio Menéndez Menéndez, Doctor Honoris causa por la Universidad Pontificia Comillas y catedrático Emérito de Derecho Mercantil, en [www.ipcomillas.es](http://www.ipcomillas.es).

consuetudinario e internacional. En sus orígenes de la Edad Media, el derecho comercial, no nació de una construcción teórica sino que emerge como una verdadera “categoría histórica”, del ejercicio de los comerciantes en su actividad profesional<sup>21</sup>.

Más adelante, ya en el Siglo XIX aparece la Codificación, siendo el Código de Comercio de Francia de 1807, el primer Código dictado para regular la actividad mercantil. Este proceso codificador produjo una “devaluación del elemento consuetudinario en la formación del Derecho”<sup>22</sup>. Al respecto Gustavo Bossert señala que “la Revolución consideraba a las costumbres fuerzas retardatarias arraigadas en el vulgo a través del tiempo, y para terminar con ellas era necesario erigir a la ley como única fuente de los derechos y las obligaciones”<sup>23</sup>. En esta instancia se observa una objetivización del derecho mercantil.

Sin embargo, en la actualidad bajo el impulso de los comerciantes resurge la costumbre como fuente del derecho<sup>24</sup>. Este fenómeno es producto de la formación de un nuevo mercado, el transnacional, que sustituye al nacional y así aparece una “nueva *lex mercatoria*” que traduce los usos y costumbres de la comunidad internacional de los comerciantes. Al igual que el derecho de los comerciantes de la tardía Edad Media, se trata de un derecho propio y en consecuencia, de carácter unilateral. Se trata del derecho creado por los miembros de un sector para regular la vida de todos los que concurren al mercado. Hoy el contrato y la costumbre debilitan la presencia de la ley. La nueva *lex mercatoria* se exhibe como un sistema jurídico autónomo de los sistemas estatales, adquiriendo “una nueva y vital importancia para la regulación de los negocios jurídicos transnacionales”<sup>25</sup>. Se señala que se presenta así como un “cuerpo de Derecho generado espontáneamente por la sociedad a través de sus operadores mediante conductas de reiteración permanente”<sup>26</sup>.

Esta nueva *lex mercatoria* pone en evidencia como los supremos repartidores muchas veces no coinciden con los titulares del poder formalizado en el Estado sino con los titulares de un poder real no captado por el Estado<sup>27</sup>.

Esta nueva *lex mercatoria* nace –al igual que en la Edad Media- de la debilidad de los Estados y de

---

<sup>21</sup> VÍTOLO, Daniel R., *Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 11.

Señala Miguel Araya que fue Ascarelli quien fundamentó el carácter histórico, no ontológico del derecho comercial (Véase: ARAYA, Miguel, *El contenido del derecho comercial a partir del Código Civil y Comercial*, en L.L. 2015-B, p. 1017.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ, Carlos A., *La costumbre como fuente del Derecho y las buenas costumbres como Estándar Jurídico*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 181.

<sup>23</sup> BOSSERT, Gustavo A., *Influencia del Código Civil Francés en el Código Argentino y otros Códigos de Hispanoamérica*, en L.L. 2005-A, p. 1452.

<sup>24</sup> Miguel Ángel Ciuro Caldani expresa que “en una especie de ciclo “dialéctico” el régimen comercial, que comenzó en la Edad Media con las *costumbres comerciales* y fue luego absorbido por el Estado, vuelve a desbordar los límites estatales y se manifiesta en los usos de la “*lex mercatoria*” y en el despliegue de principios generales de doctrina. La burguesía dio nacimiento al Derecho Comercial al margen de las estructuras políticas, luego se apoderó de ellas, y el Derecho Comercial fue en gran medida estatal, ahora desborda la estatalidad” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Consideraciones sobre las fuentes reales internacionales del Derecho Internacional Privado Argentino*, en “Investigación y Docencia”, N° 41, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, U.N.R., 2008, p. 31).

<sup>25</sup> RIVERA, J., *Globalización...cit.*, p.1.

<sup>26</sup> ALTERINI, Atilio A. y ALEGRÍA, Héctor, *Unificación sustancial del derecho civil y del derecho comercial*, en L.L. 2011-F, p. 886.

<sup>27</sup> MENICOCCI, Alejandro, colaboración en GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 750.

la globalización del mercado y de los negocios financieros<sup>28</sup>. En ese escenario, en el ámbito de las fuentes del derecho se observa un retorno al pluralismo jurídico, el mono centrismo del derecho moderno cede frente al pluralismo de fuentes, a una poli centralidad<sup>29</sup>.

2. *El crecimiento de las soluciones del “Soft Law”*: Atilio Alterini señala que el *soft law* o derecho débil “es el sistema jurídico en el cual los instrumentos carecen de carácter normativo, aunque constituyen un modelo ofrecido, sea a los países, sea los particulares”<sup>30</sup>.

El término *soft law* fue acuñado por Lord McNair. En su origen, la expresión no describía una realidad existente únicamente en el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional es donde el término fue adoptado por la doctrina y generó importantes debates<sup>31</sup>.

El *soft law* se presenta como normas generales o principios que carecen de carácter vinculante, oponiéndose así a un *hard law*, el cual se exhibe a través de instrumentos de carácter obligatorio, cuyo incumplimiento puede ser exigido por vías institucionales de solución de controversias y generar responsabilidad internacional del Estado<sup>32</sup>.

3. *La unificación del derecho comercial*: El crecimiento de los negocios internacionales trae consigo una tendencia hacia la unificación del derecho comercial<sup>33</sup>. Se busca internacionalmente promover una uniformidad legislativa<sup>34</sup>.

4. *La fuga del sistema jurisdiccional del Estado*: La resolución de muchos conflictos es llevada a cabo no por jueces de los Estados sino por jueces propios del mercado. Este fenómeno se traduce en la privatización de la justicia. Los conflictos empresarios lo resuelven los árbitros y, en particular, los que organizan las propias corporaciones de comerciantes en la Cámaras o Bolsas de Comercios. Las ideas del mercado y de la globalización hablan de “privatizar” el juzgamiento de las causas y se atribuye a los jueces del Estado complicidad con la demagogia y el paternalismo<sup>35</sup>. Así como el mercado no quiere la ley de Estado, tampoco desea los jueces del Estado<sup>36</sup>.

4. *Mixtura de los modelos legales del Common Law y del Derecho Continental*: La globalización y la mundialización de los negocios en el plano jurídico “han hecho que ya no existan modelos legales químicamente puros (*Common Law* y Derecho Continental)”<sup>37</sup> o que exista una “hibridación”<sup>38</sup> o

<sup>28</sup> PODETTI, Humberto, *Contrato de construcción*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 18.

<sup>29</sup> SOZZO, Gonzalo, *Códex global: la dimensión global del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en SJA 18/05/2016, p. 2.

<sup>30</sup> ALTERINI, Atilio A., *¿Hacia un geoderecho?*, en L.L. 29/09/2005, p. 1.

<sup>31</sup> MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, en “Revista electrónica de Estudios Internacionales”, N° 8, 2004, en [www.reei.org.ar](http://www.reei.org.ar).

<sup>32</sup> El *hard law* se manifiesta en los tratados, que tienen carácter vinculante y donde rige la regla “Pacta sunt Servanda”. El art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 expresa que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>33</sup> ZUNINO, Jorge O., *Cheques*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 1.

<sup>34</sup> MARZORATTI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 7.

<sup>35</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El error judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p.10.

<sup>36</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Como contratar en una Economía de mercado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1996, p.120.

<sup>37</sup> RUBÍN, Miguel E., *Tribulaciones de la jurisprudencia sobre la responsabilidad societaria en los procesos concursales*, en L.L. 7/06/2007, p. 1.

---

“difuminación de los sistemas legales”<sup>39</sup>. Por ello, en nuestro sistema continental europeo se observa una penetración de instituciones propias del *Common Law*. Asimismo, como señala Miguel Ángel Ciuro Caldani “también se produce cierta “continentalización” (suele decirse “civilización”) del “common law”<sup>40</sup>.

### 3. Síntesis.

En la actualidad asistimos a un nuevo derecho comercial, el cual, en cierta manera implica un retorno a sus orígenes. Se observa una nueva subjetivización del derecho comercial, con el surgimiento de nuevas fuentes de derecho y la privatización de las soluciones de controversias.

---

<sup>38</sup> SEGAL, Rubén, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 31.

<sup>39</sup> ALEGRIA, Héctor, *Perfiles actuales del derecho concursal*, en L.L., Suplemento especial 70 aniversario 2005 (noviembre), 1.

<sup>40</sup> CIURO CALDANI, *Concepto de derecho internacional privado*, en “Investigación y Docencia”, N° 41, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, U.N.R., 2008, p. 9.