

LOS USOS COMERCIALES Y EL DERECHO DE FUENTE CONVENCIONAL EN EL MERCOSUR*

CRISTIÁN GIMÉNEZ CORTE**

“Mientras, sin embargo, una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también respecto de una norma constitucional formal, hasta respecto de una norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario”.

HANS KELSEN

“However powerful, an idea, like any new invention or technology, still requires carriers to promote it in a new context”.

YVES DEZALAY y BRYANT G. GARTH

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2004

* Dedicado a LUCRECIA.

** 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, publicado por primera vez como: “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el MERCOSUR” en la *Revista del derecho comercial y las obligaciones*, n° 197, Depalma, Buenos Aires, Argentina, marzo 2002.

RESUMEN

El objetivo de este ensayo es analizar el derecho aplicable a los contratos en el ámbito de los países que forman el MERCOSUR, delimitando el objeto de estudio en la problemática relativa a los usos y costumbres del comercio internacional y sus relaciones con el derecho de fuente convencional.

De esta manera, después de realizar una breve revisión histórica, se estudia el fenómeno de los usos desde una perspectiva transnacional, y posteriormente se aborda la misma materia según la regulación presente en las principales fuentes convencionales. Por último, se realiza un intento de conceptualización teórica de los usos y costumbres.

El abordaje del objeto de estudio se realiza desde el punto de vista del derecho internacional privado, y del derecho comercial internacional, empleándose las herramientas conceptuales del conflicto de leyes y del derecho uniforme.

Palabras clave: *lex mercatoria*, usos comerciales, costumbre jurídica, derecho internacional privado, MERCOSUR, contratos internacionales.

ABSTRACT

This essay is related to the applicable law to international contracts in the countries of the MERCOSUR, with special consideration to commercial usages and customary law and its relations to international treaties.

The article introduce the topic with an historical overview of trade usages, then it analyze the object from a transnational approach, and after that from a international perspective. Finally the essay intent to characterize the concept of trade usages and the customary law.

The article employs the theoretical tools of the private international law and the international commercial law.

Key words: lex mercatoria, trade usages, legal custom, international private law, MERCOSUR, international contracts.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Derecho aplicable a los contratos y usos comerciales
 - 2.1. Los usos comerciales
 - 2.2. Breve desarrollo histórico
 - 2.2.1. Los usos comerciales en la edad media de Europa Occidental
 - 2.2.2. Los usos comerciales en América Latina
 - 2.2.3. Codificación estatal
- III. Derecho transnacional y *lex mercatoria*
 - 3.1. Usos, conflicto de leyes y autonomía de la voluntad
 - 3.2. Usos, costumbres y *soft law*
 - 3.3. *Lex mercatoria* desde América Latina
 - 3.4. Regulación legal convencional de los usos comerciales en el MERCOSUR
- IV. Conceptualización de los usos
 - 4.1. Definición de usos y costumbres
- V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este ensayo es analizar el derecho aplicable a los contratos en el MERCOSUR, focalizando el estudio en los usos del comercio internacional, y en la regulación que presentan en el derecho de fuente convencional, esto es convenciones y tratados internacionales, así como protocolos y acuerdos interregionales.

Si bien el examen se realiza principalmente desde una perspectiva del derecho material, no puede dejarse de lado el análisis formal, ya que todo

“enunciado jurídico que describa en forma completa a este derecho tiene que contener tanto el elemento formal como el material”¹.

De esta manera, después de realizar una breve revisión histórica, se estudia el fenómeno de los usos como derecho transnacional, y posteriormente se aborda la problemática de los usos comerciales según la regulación presente en las principales fuentes convencionales.

Finalmente se realiza un intento de conceptualización teórica de los usos y costumbres.

El abordaje del objeto de estudio se realiza desde el punto de vista del derecho internacional privado, y del derecho comercial internacional, empleándose las herramientas conceptuales del conflicto de leyes y del derecho uniforme.

II. DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS Y USOS COMERCIALES

La pregunta sobre el derecho aplicable a las relaciones jurídicas internacionales es uno de los interrogantes básicos que intenta

1 KELSEN, HANS, *La teoría pura del derecho*, traducción de ROBERTO J. VERNENGO, UNAM, México, 1979, pág. 241.

responder el derecho internacional privado (DIP). Ésta, juntamente con la pregunta sobre el juez competente para resolver un caso multinacional, y la referente al reconocimiento y ejecución de sentencias, constituyen los pilares sobre los que se construye el DIP, con el objetivo de regular y resolver estos casos².

En el supuesto de contratos internacionales, es decir, aquellos contratos que presentan alguno de sus elementos, ya sea el domicilio o la nacionalidad de las partes, la naturaleza del objeto, el lugar en donde se celebra, o donde se ejecuta, (elementos relevantes según los criterios electivos del sistema jurídico que los determina), vinculados a más de un sistema jurídico nacional, surge inmediatamente la pregunta sobre cuál derecho va a regir esa relación jurídica, y simultáneamente cuál va a ser el juez con jurisdicción para resolver un eventual conflicto de intereses, y si la sentencia que dicte ese juez va a ser reconocida en los demás sistemas jurídicos nacionales³.

El derecho internacional privado intenta brindar la respuesta a estos interrogantes a través de sus herramientas y sus normas particulares y clásicas: *las normas de conflicto, las normas de jurisdicción y las normas que regulan los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias*.

Amen de ese tipo de normas, y con el fin de facilitar la regulación de determinadas áreas de la realidad social, se han desarrollado las

2 “El núcleo del derecho internacional privado actual está integrado por el conflicto de leyes [...] dicho sector nuclear abarca no sólo el conflicto ‘de leyes’ sino el conflicto de jurisdicciones y los conflictos procesales, que se plantean por la transposición procesal e incluyen lugares destacado el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros”, CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estudios de filosofía del derecho internacional privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1997, pág. 10 y 11. En igual sentido VISCHER, “*Adjudicatory jurisdiction, choice of law and recognition form a unity within private international law*”, VISCHER, F., *General course of private international law*, R. des C., t. 232, 1992-I, pág. 199.

3 Véase en general GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982. Y BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

denominadas *normas materiales* o sustanciales, y las normas de *aplicación inmediata*, o normas de policía.

Las normas de conflicto, como por ejemplo el art. 1210⁴ del Código Civil argentino, son normas especiales, cuya característica es no dar una respuesta directa al problema en cuestión, sino que remiten a algún otro derecho nacional posible para que dé la regulación de fondo de la cuestión. Por ello son llamadas también normas *indirectas*.

Las normas de jurisdicción determinan el juez competente en un caso internacional, como lo son por ejemplo los arts. 1215 y 1216 del CC.

Las normas materiales son aquellas que, a diferencia de las normas de conflicto, regulan y resuelven directa y sustancialmente el problema. Las normas de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, constituyen un ejemplo típico de estas normas.

Finalmente las normas de policía, o normas de aplicación inmediata, son aquellas que protegen ciertos intereses considerados valiosos para el sistema jurídico nacional, y por lo tanto se aplican en todo momento, sin importar el derecho aplicable elegido por la norma de conflicto. El art. 124 de la Ley de sociedades comerciales es un buen ejemplo de estas últimas⁵.

Se puede optar por regular las relaciones privadas internacionales a través de *derecho de fuente interna* (por ejemplo los códigos civiles o comerciales) o a través de *derecho de fuente convencional* (convenciones internacionales, tratados o protocolos, acuerdos). Ya sea que establezcan y unifiquen normas de conflicto, normas materiales, o derecho procesal internacional.

4 Art. 1210 CC: "Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados... por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos...".

5 Véanse en general: BOGGIANO, *op. cit.*, págs. 443-528, y CIURO CALDANI, *op. cit.*, págs. 7-12; GOLDSCHMIDT; *op. cit.*

Otra vía para intentar la regulación armónica, uniforme, o coordinada de las relaciones legales en el plano internacional está dada por las llamadas *leyes modelo*. De esta forma se redacta, generalmente por organismos internacionales, un “molde” o “forma” 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 posible⁶.

También se busca la armonización y unificación de normas a través del *derecho comunitario*, fenómeno que se da principalmente en la Unión Europea, a través de normas especiales, y que se podría presentar en el MERCOSUR, si éste sigue evolucionando⁷.

Finalmente, además de las fuentes de derecho interno y de derecho convencional, encontramos otras, las *fuentes de producción jurídica de carácter transnacional*.

2.1. LOS USOS COMERCIALES

Los usos comerciales se pueden clasificar dentro de las fuentes de producción jurídica de carácter transnacional, ya que en su elaboración no intervienen, en principio, órganos del Estado —ni los parlamentos, ni los jueces, ni la administración—, sino que son normas creadas por las personas privadas, basándose en la autonomía de la voluntad.

El derecho transnacional se “trataría de un derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales, y unos medios de solución de conflictos de intereses específicos al margen del poder de los tribunales del Estado y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje”⁸.

6 AUTS, ANTHONY, *The Theory and Practice of Informal International Instrument*, ICLQ, vol. 35, 1986.

7 SAMTLEBEN, J. y SALOMÃO FILHO, C., “*O Mercado Comun Sul Americano —uma análise jurídica do Mercosul—*”, en *Contratos internacionais*, J. GRANDINO RODAS coord., 2ª ed., São Paulo, 1995, pág. 239.

8 FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1995, págs. 174 y 175.

2.2. BREVE DESARROLLO HISTÓRICO

2.2.1. *Los usos comerciales en la Edad Media de Europa Occidental*

Durante la Edad Media se desarrollaron en las principales ciudades europeas ciertos usos y costumbres dentro de la comunidad de comerciantes —principalmente italianos, hanseáticos, franceses, holandeses, y también españoles— que concurrían a las ferias y mercados a intercambiar bienes.

Ante la dificultad de aplicar el viejo derecho romano, rígido y no muy conocido; o el derecho canónico, que no había sido desarrollado para regular el comercio; y ante los problemas que surgían en la aplicación de los diferentes derechos locales de los diversos mercaderes de diferentes ciudades; los mismos comerciantes, de forma relativamente espontánea, a través de prácticas reiteradas fueron creando usos jurídicos que regulen sus transacciones.

Estos usos generalmente eran aplicados, en casos de conflictos, por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Éstos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos, o la confianza en la palabra y la buena fe.

Se denominó al conjunto de usos, costumbres y principios propios de los comerciantes *ius mercatorum*.

La “ley de los mercaderes” constituía un derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita.

Muchos de estos usos fueron reunidos en las recopilaciones como la *Breve mercatorum* de Pisa, 1316, los *Statuti di mercanti* de Parma, 1215, o *Capitulare nauticum* de Venecia, 1255, por citar sólo algunas⁹.

9 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,

Y más aún, estos usos y costumbres fueron también recogidos y de alguna forma reconocidos por ordenanzas aprobadas y confirmadas por los reyes, esto es, por el Estado, como por ejemplo en las famosas *Ordenanzas de Bilbao* de 1737¹⁰, o la *Carta mercatoria* de Inglaterra de 1303 o el *Estatuto del Staple* de 1353¹¹. Y en cierta forma también en las *Ordenações Filipinas*, del viejo derecho lusobrasileño¹².

2.2.2. Los usos comerciales en América Latina

Las *Ordenanzas de Bilbao* rigieron en el virreinato del Río de la Plata, y en el resto de las colonias españolas, durante todo el período colonial, e incluso mucho después de la independencia, hasta que nuevos estados se fueron dando sus propias leyes y códigos comerciales.

Transnational Juris Publications, 1990, New York, pág. 22. Véase también, LE PERA, SERGIO, *Common Law y lex mercatoria*, Astrea, Buenos Aires, 1986, y VITOLO, DANIEL, *Lex mercatoria*, Editorial Astrea, colección: Elementos del derecho comercial, 1988.

- 10 Confirmación real y decretos para hacer las *Ordenanzas* de la ilustre universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao; o el *Código de las costumbres marítimas* de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado *Libro del consulado*, Madrid, 1971. Véase DE CASTRO y BRAVO, F., “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, en *Anuario de derecho civil*, t. XXXII, fascículo IV, Madrid, 1979, pág. 621.
- 11 “Authorities soon recognized... self-regulation by merchants... The English *Carta mercatoria* of 1303, for instance, assured certain foreign merchants of a fast dispute settlement mechanism and the application of law merchant to their dispute. [...] In the long run, the law merchant was integrated into the common law. This Process began between 1606 and 1640 when the local courts, the High Court of Admiralty and the Court of Chancery gradually lost ground in favor of the courts of King’s Bench and the Courts of Common Pleas. From a substantive point of view, the absorption of the law merchant by the common law would start only as of 1756 under Chief of Justice Mansfield, who began to qualify trade customs as a legal rule and made them applicable to citizens”. DE LY, FILIP; *International Business Law and the Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1992, págs. 16-17.
- 12 R. LIMONGI FRANÇA, “Noções sobre o costume”, *Revista dos Tribunales*, vol. 356, 1965, pág. 40.

Con lo que hasta el momento de la codificación, y de la absorción de los usos por la legislación nacional, aquéllos gozaron también de cierta importancia.

El proceso de reconocimiento de los usos comerciales se dio también, y con caracteres particulares, en Brasil.

El *decreto-lei* 738 del 25 de noviembre de 1850 otorgó competencia a los tribunales de comercio a fin de que obtenga conocimiento de las prácticas y usos comerciales admitidos en las diferentes plazas, admitiéndose como “usos mandados guardar pelo Código de Comercio” aquellas prácticas comerciales que presenten las características de conformidad con los principios de buena fe y las máximas comerciales y que no sean contrarios al Código Comercial (art. 25).

Posteriormente, por decreto 6383 del 3 noviembre de 1876, las atribuciones administrativas de los tribunales de comercio se transfieren a las *juntas e inspectorias comerciais*, entre cuyas funciones están las de coleccionar y asentar usos y costumbres.

“Desde então as juntas exercem officio normativo, de que nunca mais se desvencilharam. Não criam normas jurídicas. Simplemente as revelam. Nascem elas e entram a executar-se. Ao depois elas as recolhem e assentam. Por via de seus assentos é que elas se comprovam em juízo. Quando não registradas, provam-se por atestados de comerciantes. Ou outros meios probatorios como o testemunhal. Dando-as por provadas, cumpre ao juiz ou tribunal mandar cópia da sua sentença á Junta Comercial, para que as registre”¹³.

Finalmente la cuestión quedó regulada por la *Lei* 4726 del 13 de julio de 1965, que le otorga a las *juntas comerciais* la competencia de “*assentamento dos usos e practicas mercantis*” (art. 50).

13 FERREIRA, WALDEMAR, *Tratado de direito comercial*, vol. 1, “*O estatuto historico e dogmatico do direito comercial*”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1960; pág. 435. Para un desarrollo más profundo véase CARVALHO DE MENDOÇA, J.X., *Direito commercial brasileiro*, Livraria Editora Freitas Bastos, 2ª edición, vol. 1, livro 1, Rio de Janeiro, 1933.

2.2.3. Codificación estatal

Estas normas creadas por la práctica comercial, y más o menos reconocidas por el Estado, se mantiene en el período de la codificación (siglo XIX) ya que el Código de Comercio francés, o el español, por ejemplo, receptan aquellos principios y los legalizan; esto es, transforman los usos en ley escrita¹⁴.

Este proceso de “nacionalización” de los usos y costumbres comerciales, se manifestó también en el *common law*, tanto inglés como norteamericano¹⁵.

Y se manifiesta también en la codificación americana, ya que por ejemplo los códigos comerciales argentinos, uruguayos y brasileros, siguen una evolución similar en la materia; aunque a veces no sea concordante con la legislación de derecho civil¹⁶.

14 “La condición de derecho mercantil como derecho de comerciantes no se pierde con la codificación y el establecimiento de tribunales de comercio. [...] Así, en el Código de Comercio francés (14, 24 septiembre 1807), se establece la competencia de los tribunales de comercio, respecto de todas las controversias sobre obligaciones y transacciones entre negociantes, mercaderes, banqueros, y, en segundo lugar, sobre las controversias entre cualquier persona relativas a actos de comercio (art. 631). A renglón seguido, se hace una enumeración taxativa de los actos que la ley repunta como actos de comercio y, entre ellos no se encuentra el de la venta hecha por un comerciante a quien no lo sea (arts. 632-635). Siguiendo el modelo francés, nuestro Código de Comercio de 1829, califica de compras y ventas pertenecientes a la clase mercantil: ‘Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro...’ (art. 359)... Esta disposición se explica por los señalados antecedentes y se justifica por lo diferente de los principios apropiados a las relaciones entre comerciantes sobre venta de mercadería (mercantiles) y aquellas que han de regir a las que nacen entre el comerciante que vende y el particular que le compra unas cosas para su consumo (civiles). En aquéllas juegan los criterios de diligencia, rapidez, y presunción de conocimiento especializado, lo que sería injusto aplicar a un mero consumidor”, DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, págs. 682 y 683.

15 LE PERA, S., *op. cit.*, págs. 14-23. DE LY, F., *op. cit.* loc. cit.

16 No se profundiza la problemática de la regulación de los usos en el derecho interno, ya ello excede el objeto del ensayo.

III. DERECHO TRANSNACIONAL Y *LEX MERCATORIA*

Si bien los usos comerciales fueron *legalizados* por los códigos y leyes comerciales, y con ello también *nacionalizados*¹⁷, conservaron cierta autonomía sobre todo en materias relacionadas al transporte marítimo, o allí en donde la misma ley comercial delegaba en los usos la regulación de algún sector social.

Después de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente en las décadas del sesenta y setenta del siglo XX, el fenómeno de los usos adquiere una importancia mucho mayor, debido fundamentalmente al enorme desarrollo del comercio internacional, tanto cualitativo como cuantitativo, al creciente aumento de las inversiones extranjeras (sobre todo de países desarrollados a países subdesarrollados), y a la trascendencia alcanzada por los préstamos internacionales de dinero. Estos factores económicos conducen a la utilización de nuevas formas jurídicas, como la autonomía de la voluntad, y provocan de alguna forma el renacimiento de los usos del comercio internacional¹⁸.

17 No se debe perder de vista que el fenómeno de la codificación está vinculado al fortalecimiento del Estado-nación, cuando éste precisa una legislación única y organizada para aplicar en todo el territorio a todos los ciudadanos.

18 “*The development of international business law ... has proceeded in these three stages: In the Middle ages it appeared in the form of the law merchant, a body of truly international customary rules governing the cosmopolitan community of international merchants. The second phase began with universal acceptance of the idea of national sovereignty, in this phase the law merchant was incorporated into the various municipal system of law. The third stage is the contemporary one, the return to the international concept of commercial law, the emergence of a new lex mercatoria...*” GOLDSTAJN, ALEKSANDER, *International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from application of municipal law; in the sources of the law of international trade*; Schmitthoff, C. (ed.), *International Association of Legal Science*, London, Stevens & Sons, 1964, pág. 106; GOLDSTAJN, ALEKSANDER, “*The new law merchant*”, in *The Journal of Business Law*, 1961; para un desarrollo más profundo sobre las vinculaciones entre mercado y derecho comercial internacional véase GIMÉNEZ CORTE, CRISTIAN, “El mercado mundial y la función del derecho”, en *El derecho internacional: del MERCOSUR a América Latina, documentos de trabajo*, AADI-UNER, Concordia, 1997, pág. 367.

3.1. USOS, CONFLICTO DE LEYES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Ante aquel desarrollo del comercio internacional, y a partir de la insuficiencia del método conflictual¹⁹ para dar respuestas seguras y rápidas a los problemas de la contratación internacional, sobre todo en aquellas áreas del comercio internacional, como son el transporte marítimo, los títulos valores o la compraventa internacional de mercaderías, que se desarrollan rápidamente ganando en frecuencia, cantidad y tipicidad; las partes de las transacciones comerciales comenzaron a utilizar cada vez más el instituto de la *autonomía de la voluntad*.

La autonomía de la voluntad, o autonomía de las partes, en el derecho privado es la facultad que las partes tienen para, en primer lugar, celebrar contratos, y en segundo lugar, para darle a ese contrato por ellas formado, el contenido que deseen. Concepto que desde el derecho internacional privado se amplía a la facultad de elegir el derecho aplicable a determinada relación jurídica (autonomía conflictual), y a la facultad de incorporación en el contrato de cláusulas materiales que rijan el fondo del mismo (autonomía material)²⁰.

Las partes, entonces, se encuentran ante la imperiosa necesidad de dar certeza a sus relaciones sin quedar sometidas a los avatares del conflicto de leyes. Eligen el derecho aplicable a la relación jurídica o formulan sus contratos en una forma muy detallada y exhaustiva, especificando en forma particular todas las obligaciones, potestades, condiciones y hasta sanciones,

19 Ya que si bien a través de las normas de conflicto de derecho internacional privado se puede llegar a una solución relativamente satisfactoria de un caso internacional, cuando concurren varias normas de conflicto a reglamentar el caso, cuando el contrato se halla conectado a varios ordenamientos, los problemas de determinación del derecho aplicable —y de elección del juez competente— son muy serios ya que por un lado las partes podrían estar litigando mucho tiempo sólo para lograr la delimitación del derecho sin siquiera tocar el fondo del asunto.

20 BOGGIANO, A., *op. cit.*, pág. 253 y sigs., y GIMÉNEZ CORTE, C., “Contratos inmunes - La autonomía de las partes y la Convención de Viena de 1980”, en *Libro de ponencias, jornadas uruguayosantafesinas*, Santa Fe, 1997, pág. 671.

reglamentan los plazos y modo de cumplimiento, entrega, calidad y cantidad de mercadería, documentación, garantías y procedimientos de pago, modos de resolver los conflictos, etc., configurando de esta forma pequeños *códigos privados*, que parecen preverlo todo, o *self regulatory agreements*, esto es, ...instrumentos o estatutos complejos y autosuficientes dirigidos a obtener, de tal manera, el máximo de independencia respecto del orden jurídico nacional que en definitiva pudiera aplicarse al contrato”²¹.

La repetición constante de esta práctica, consistente en regular las partes por sí mismas sus asuntos, estableciéndose siempre o la mayoría de las veces para los mismos tipos de contratos, las mismas o muy similares, cláusulas, a veces, como condiciones generales de contratación por ejemplo, fue generando, y genera, usos y costumbres en la práctica contractual internacional.

Algunos de estos usos, en virtud de la importancia adquirida por su periódica y universalizada utilización, han sido recopilados, receptados y *escritos* para darles mayor certeza y dotarlos de una mayor autoridad, por organizaciones internacionales de comerciantes como la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Los ejemplos más acabados de la recepción de alguna forma expresa y general, por la comunidad internacional de comerciantes de estos usos se plasman en las *Reglas y usos uniformes del crédito documentado* y los *International Commercial Terms - INCOTERMS* o *Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales* (cuya última versión entro a regir a partir de enero del año 2000).

3.2. USOS, COSTUMBRES Y *SOFT LAW*

Aunque se puede hacer cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos en la Edad Media con los que se manifiestan en la posmodernidad, sobre todo remarcando los caracteres de que éstos

21 LE PERA, SERGIO, *La naturaleza jurídica*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 17.

constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal, propio de los comerciantes, que trata de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional que regirá determinada relación jurídica; el nuevo derecho transnacional presenta, sin embargo, características y fuentes particulares.

Así, junto con 1. los contratos internacionales, y 2. los usos y costumbres del comercio internacionales, se pueden encontrar; 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 aun no vigentes y las *model laws*; y 7. los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la *equidad*²².

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* (véase III.1), y otros han devenido en usos y costumbres.
2. Muchos de los *usos* —aunque no todos— han sido recopilados y sistematizados (véase III.1), como ejemplo se pueden citar a:
 - Las *Reglas y usos uniformes para los créditos documentados* [ICC *Publication* n° 500],
 - Los INCOTERMS 2000,

22 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, Guiffè, pág. 519; quien incluye además a las convenciones internacionales vigentes.

- Los ICC *General Usages for Digitally Ensured Commerce*.
3. A su vez, tanto la CCI 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 n° 522]²³.
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.

23 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 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 cci donde se muestra la lista de adhesiones a estas reglas: <<http://www.iccwbo.org>>

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*²⁴ y los *Principles of European Contract Law*, realizada por la Commission of European Contract Law, bajo la dirección del profesor OLE LANDO²⁵.

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,

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,

24 34 I.L.M. 1067 (1995).

25 Véase en general BERGER, KLAUS PETER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

Cabe remarcar que este *restatement of principles* también es en cierta forma una positivización y racionalización de principios que —en primera instancia— son suprapositivos.

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”²⁶.

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 estándar de la *lex mercatoria*”²⁷.

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

Como vimos arriba (pto. II) una vía posible para intentar la regulación de los casos internacionales está dada por las llamadas “*leyes modelo*”.

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

26 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.

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

- 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 modelo, es decir, ante la extrema dificultad de sancionar una convención internacional sobre determinada materia, se “formula” un instrumento que define reglas o estándares 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 intergubernamentales²⁸.

Como ejemplos se cuentan:

- ICC-UNCID, Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission —EDI— [ICC *Publication* n° 452].

28 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.

- *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 exigido²⁹.

7. Los *laudos arbitrales*.

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

29 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 público.

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 controversia³⁰.

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 CCI, *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.

30 El art. 17 de dichas reglas dice que:

“1. *The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law, which it determine to be appropriate.*

2. In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.

3. *The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.”*

Véanse en general: HANS SMIT, “*Proper choice of law and the lex mercatoria arbitralis*”, en *Lex Mercatoria and arbitration*, T.E. Carboneau editor, Transnational Juris Publications, 1990, New York, pág. 59; y LOWENFELD, ANDREAS F.; *op. cit.*, pág. 37.

Es destacable que estos principios consagrados por los reglamentos de arbitraje, han sido receptados por las convenciones internacionales como el Protocolo del MERCOSUR sobre arbitraje, y por leyes internas como la *Nova Lei de Arbitragem* brasilera, con lo que se vuelve a producir una *nacionalización* de los principios del derecho del comercio internacional, aunque ahora —principalmente— a nivel convencional.

“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 alta³¹.

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 le otorga a los árbitros una discrecionalidad muy grande a la hora de resolver un caso internacional.

31 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.

Esta confirmación judicial de estos laudos arbitrales, provoca también una “nacionalización” ahora a través de la confirmación por una sentencia, y no por una ley, del derecho transnacional.

Véanse también, a modo de ejemplos de aplicación de usos y costumbres:

Final Award, in case n° 6149, 1990, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, ICC Publishing SA, Kluwer, The Hague. *Interim Award in case n° 4145, 1983*; *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, ICC Publishing SA, Kluwer, Deventer, 1994. *Interim Award in case n° 4650, 1984*; *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, ICC Publishing SA, Kluwer, Deventer, 1994.

Recordar también aquí el famoso caso “Perú c/Sifar”·fallado por la CSJN el 10/12/ 1956, en donde se aplican los INCOTERMS.

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 derecho³².

3.3. *LEX MERCATORIA* DESDE AMÉRICA LATINA

Por un lado, el fenómeno del derecho transnacional es producido por una pluralidad de causas, y se ha construido de forma más o menos *espontánea* a través, principalmente, de las prácticas y usos comerciales.

Pero por otro, se puede observar que algunas de esas causas (véase pto. III) han tenido más importancia que otras al momento de construir este nuevo derecho transnacional, como lo son las inversiones extranjeras y los préstamos de dinero; y que de manera *deliberada*, esto es premeditada, se ha buscado, y en cierta forma, conseguido construir un derecho más o menos autónomo del derecho estatal.

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

Aunque a veces presentada como “neutra” o “despolitizada” la *lex mercatoria*, o si se prefiere un concepto más amplio: el derecho transnacional, puede verse sin embargo como el producto legal de los conflictos económicos-políticos norte-sur, de los antagonismos países desarrollados-subdesarrollados.

Durante la década de los años sesenta y los setenta, los procesos de nacionalización de empresas, llevados a cabo en muchos de los países del tercer mundo, y principalmente la nacionalización de empresas petroleras en los países árabes, sumado esto a las posteriores crisis del petróleo, produjeron una gran cantidad de conflictos.

Estos conflictos entre las empresas (petroleras y de construcción, europeas y norteamericanas) expropiadas, contra los estados árabes expropiantes, intentaron resolverse a través del arbitraje, ya que generalmente estaba previsto en los contratos una cláusula compromisoria.

Y al momento de determinar la ley aplicable al caso, comenzaron a suscitarse serios problemas, ya que las empresas no deseaban quedar sometidas a las leyes de los países expropiantes (en principio beneficiosa a éstos); y por otro lado, los países árabes desconfiaban de las leyes de los países occidentales.

Por estos motivos los árbitros, y en cierta forma también los abogados de las partes, convienen, o mejor “transan”, en resolver las disputas no ya según el derecho de uno u otro país, sino según “los principios del derecho del comercio internacional”, “los usos y costumbres de los comerciantes”, o la *lex mercatoria*. Que en definitiva son fórmulas de transacción³³. Famosos arbitrajes como *Government of Kuwait v. Aminioil* reflejan estas transacciones.

En América Latina puede observarse un fenómeno similar. No ya relacionado con conflictos derivados del petróleo, sino

33 Para un desarrollo *in extenso* de este proceso véase el maravilloso libro de YVES DEZALAY y BRYANT G. GARTH, *Dealing in Virtue International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago y London, 1996.

vinculados a los préstamos internacionales de dinero y a la deuda externa³⁴.

Pese a la gran aceptación de la doctrina CALVO, consistente básicamente en que:

- a) ninguna persona extranjera puede pretender mayores derechos que los nacionales;
- b) la aplicación del derecho nacional a una persona jurídica extranjera no da derecho a la protección diplomática; y
- c) los conflictos generados en virtud de inversiones extranjeras se resuelven ante los jueces del país receptor y con su derecho (esto forma parte del orden público y es por lo tanto inderogable); finalmente los países de América Latina no tuvieron otra opción que prorrogar jurisdicción a tribunales judiciales o arbitrales de los países prestamistas, y en general aceptar el derecho de esos países si querían acceder a créditos internacionales o bien convenir fórmulas de transacción tales como “los principios del derecho del comercio internacional”, e incluso la más “neutra” expresión, como la que prevé el *contrato tipo* de préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, “Los derechos y obligaciones establecidos en este contrato son válidos y exigibles en los términos en él convenidos, *sin relación a legislación de país determinado*.” (contrato tipo, primera parte, cláusula 8^a)³⁵.

34 Es conveniente recordar que el endeudamiento externo latinoamericano está intrínsecamente relacionado también con las crisis del petróleo de los años setenta; ya que las enormes cantidades de divisas en los países árabes, derivados del aumento del precio del petróleo, eran vueltas a depositar en los bancos de los países compradores de petróleo, creándose con ello una excesiva liquidez monetaria en el mercado, que podría llevar a la inflación. Por ello los bancos de los países desarrollados comenzaron a otorgar créditos muy blandos al resto del tercer mundo. Al parecer junto con los créditos internacionales llegó el derecho transnacional. Sobre historia económica véase en general TREBER, SALVADOR, *La economía argentina, análisis, diagnósticos y alternativas*, Ediciones Macchi, Buenos Aires.

35 GOLDSCHMIDT, WERNER, “La autonomía de la voluntad *intra* y *supra* positiva”, en *La ley*, t. 148, pág. 1268, SAMTLEBEN, JURGEN, “Cláusulas de jurisdicción y legislación

3.4. REGULACIÓN LEGAL-CONVENCIONAL DE LOS USOS COMERCIALES EN EL MERCOSUR

Se realiza en esta sección un somero análisis de la regulación de los usos comerciales presentes en instrumentos jurídicos de fuente convencional en el MERCOSUR³⁶.

Algunos de dichos instrumentos están vigentes en todos los países del MERCOSUR, otros sólo en algunos, y por fin hay instrumentos que aun no están vigentes en ninguno; pero todos ellos son derecho del MERCOSUR, al menos en *potencia*.

Algunos de estos instrumentos han sido especialmente diseñados para el MERCOSUR; mientras que otros son de vocación universal.

Ante la dificultad de un encuadre uniforme, se opta entonces por una clasificación más o menos cronológica de los mismos:

1. *Tratado de derecho civil, Montevideo, 1889*. Este tratado que unifica normas de conflictos, ha sido ratificado³⁷ por Argentina, Uruguay, Paraguay, y Bolivia. En el título 10 regula la ley aplicable a los actos jurídicos, estableciendo la regla general de la ley del lugar de cumplimiento para regir a los contratos.

aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los estados latinoamericanos”, in *Verfassung und Rech in Uberse*, vol. 21, 1988, págs. 305-326, y SIQUEIROS, J.L., “*Arbitral Autonomy and National Sovereign Authority in Latin America*”; en *Lex Mercatoria and arbitration*, T.E. Carboneau editor, Transnational Juris Publications, 1990, New York, pág. 183 y sigs., HUCK, HERMES, “*Contratos internacionales de financiamiento: a lei aplicable*”, *Revista de Dereito Mercantil*, n° 53, 1984, pág. 81.

36 Es interesante observar como a partir aproximadamente de la década del 80 parecería comenzar una interacción más fluida entre los usos y, ya no las legislaciones comerciales nacionales, sino las convenciones internacionales, en donde se realiza un reconocimiento expreso de los mismos, y con ello una segunda “nacionalización” o “legalización”.

37 Cuando se habla de las ratificaciones se hace referencia exclusivamente a los países del MERCOSUR, amén que muchos de los tratados analizados pueden haber sido ratificados por terceros estados.

2. *Tratado de derecho comercial internacional, Montevideo, 1889.* Este tratado que unifica normas de conflictos que regulan algunas materias de derecho comercial, ha sido ratificado por Argentina, Uruguay, Paraguay y Bolivia.
3. *Tratado de derecho civil, Montevideo, 1940.* Este tratado modifica parcialmente el tratado de 1889, y ha sido ratificado por Argentina, Uruguay y Paraguay. Mantiene la regla general del lugar de cumplimiento como punto de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos.
4. *Tratado de derecho comercial terrestre internacional, y tratado de derecho de navegación comercial, Montevideo, 1940.* Estos tratados modifican parcialmente el de 1889, ha sido ratificado por Argentina, Uruguay y Paraguay.

En el protocolo adicional a los tratados de Montevideo de 1940, y a diferencia del tratado de 1889, se incorpora expresamente un artículo que dice:

“La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida que lo autorice dicha ley” (art. 5).

Por lo que en principio sólo si la ley aplicable, en virtud de las normas de conflicto de los tratados, permite la modificación de la jurisdicción o ley, éstas serían permitidas.

Respecto de la aceptación de la prórroga de jurisdicción, y la autonomía de la voluntad por los tratados de 1889 y 1940, muchísimo se ha discutido, encontrándose la doctrina dividida al efecto³⁸.

En cuanto a los usos comerciales, nada dicen los tratados de Montevideo al efecto; cómo debe interpretarse este silencio entonces.

38 BOGGIANO, *op. cit.*, págs. 368-369.

Si se considera que los usos son el producto de la reiteración de prácticas contractuales, o que los usos sólo se pueden incorporar al contrato por acuerdo de partes, habría allí una suerte de utilización de la autonomía de la voluntad, con lo que el debate estaría vinculado al debate sobre la posibilidad de autonomía.

Si se delega la solución al derecho interno elegido por la norma de conflicto convencional, el intérprete se encuentra con que todos los derechos nacionales de los países ratificantes aceptan a los usos comerciales³⁹.

Finalmente, si se supera la postura exégeta según la cual los usos sólo valen en tanto y cuanto sean permitidos por la ley, y se acepta, como dice KELSEN, que los usos pueden derogar incluso la Constitución, no queda otra alternativa que aceptar la posibilidad de regulación de los casos comerciales por los usos comerciales⁴⁰.

Esto es lo que ha sucedido con, entre otras, las ICC *Uniform Rules on Collections*; ya que a través de su “generalizada” utilización en la mayoría de los bancos del MERCOSUR se han constituido *de hecho* en el *derecho* que regula las cobranzas interbancarias, más allá de lo que puedan decir las leyes y códigos comerciales de los países sobre la aceptación o no de la autonomía de la voluntad, o de los usos y costumbres del comercio (véase 3.2.4.).

5. *El Código de Bustamante*. El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, sancionado por la Sexta Conferencia Internacional de La Habana en 1928, ha sido ratificado por Bolivia, Brasil y Chile. Es un tratado que unifica normas de conflicto en una gran cantidad de materias, tanto civil, comercial, procesal, y penal.

39 Art. 1210 CC argentino: “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados... por las leyes y *usos* del país en que debieron ser cumplidos...”, art. 219 C de Co. argentino; art. 1303 CC uruguayo: “Las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen expresadas en ellos”.

40 KELSEN, HANS, *op. cit.*, pags. 232-240.

Aunque el art. 166 reza que:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código”.

La posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad ha sido muy debatida doctrinariamente, y la jurisprudencia de los tribunales ha sido ambivalente⁴¹.

Por otra parte el Código guarda silencio respecto de los usos comerciales, por lo que podrían hacerse las misma especulaciones que las relativas al los tratados de Montevideo.

6. *La Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) sobre arbitraje comercial internacional, Panamá 1975.* Esta convención que regula algunos aspectos el arbitraje comercial, ha sido ratificada por Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil; es decir, por todos los países que en forma plena o asociados, conforman el MERCOSUR.

Faculta la prórroga de jurisdicción a árbitros; y el art. 3 dice que:

“A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

Y el art. 33.1 de dicho reglamento dice:

“1. El tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable.

41 SAMTLEBEN, J., “TEIXEIRA DE FREITAS e autonomia das partes no DIPF latinoamericano”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 22, n. 85, 1985, pág. 261.

(...)

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los *usos mercantiles aplicables al caso*".

Es decir que, al menos en materia de arbitraje, los países ratificantes de esta CIDIP han aceptado la autonomía de la voluntad de las partes, y la posibilidad de regulación de los casos internacionales a través de los usos comerciales⁴².

Cabría todavía preguntarse si fuera del campo arbitral, por ejemplo, en el plano judicial, sería permitida la autonomía de la voluntad y los usos. Si se considera que las normas de arbitraje son *especiales* respecto de las normas de los códigos procesales, no se podría extender su aplicación.

Pero por otro lado vale cuestionarse si sería lógico, y justo, que un contrato por el solo hecho de incorporar una cláusula compromisoria, facultase a las partes a elegir el derecho aplicable e incorporar usos del comercio; y el exacto mismo contrato sometido a un juez nacional, de algún país que no permita la autonomía de las partes, debería regirse por las normas de conflicto coactivas.

Siguiendo este criterio el mismo contrato en el mismo ordenamiento jurídico, podría resultar, simultáneamente válido (si el derecho elegido por las partes así lo establece), y nulo (si el derecho indicado por las normas de conflicto coactivas así lo establecen).

7. *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de Viena de 1980 (CISG)*. La CISG es una convención internacional que regula material o sustancialmente el régimen de la compraventa internacional de mercaderías. Ha

42 SANTOS BELANDRO, RUBÉN, "Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)", 1999 (inédito). Para el estado de las ratificaciones de las CIDIP véase <<http://www.oas.org>>

sido ratificada por una gran cantidad de países, entre los que se cuentan Argentina, Uruguay y Chile.

La convención permite la autonomía de la voluntad ya que el art. 6 establece el carácter subsidiario de la misma, permitiendo a las partes excluir su aplicación.

Y el art. 9 establece:

“1. Las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso que tenían o que debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

Esta es la única convención que hace referencia a los usos del comercio y que además intenta algún tipo de definición sustancial de los mismos. Es decir, que no se limita sólo a hacer una referencia en blanco a los usos, sino que exige se cumplan ciertos requisitos para que los usos tengan eficacia jurídica, como que los mismos hayan sido ampliamente conocidos, o regularmente observados, haciéndolos aplicables aun en ausencia de conocimiento de las partes; permitiendo su aplicación aun cuando las partes no hayan convenido expresamente ello⁴³.

8. *La Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, de 1985 (ley modelo)*. Se incluye aquí la ley modelo, ya que aun siendo una ley modelo (véase 3.2) es muy importante dentro del MERCOSUR. En primer lugar porque el

43 BERNARD AUDIT., “La Convención de Viena y la *lex mercatoria*”, *Lex mercatoria and arbitration*, T.E. Carboneau editor, Transnational Juris Publications, 1990, New York, pág. 139, y GIMÉNEZ CORTE, C., *op. cit.*, loc. cit. Comparar asimismo con el art. 1303 del CC uruguayo.

Protocolo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (véase 3.4.10) y el Protocolo de Colonia para la protección y promoción recíproca de inversiones en el MERCOSUR (intrazona) (véase 3.4.11) hacen una delegación expresa hacia la ley modelo; y en segundo lugar porque la ley modelo ha sido recepcionada por Bolivia, constituyéndose en ley positiva de ese país.

Aun siendo una ley modelo destinada principalmente a regular el arbitraje, y por lo tanto es esencialmente procedimental, el art. 28 de la misma avanza sobre cuestiones de fondo, y en lo relativo a las normas aplicables al fondo del litigio, consagra el principio de la autonomía de la voluntad y ordena al tribunal decidir “con arreglo a las estipulaciones del contrato” y a tener en cuenta “*los usos mercantiles aplicables al caso*” (art. 28.4)⁴⁴.

9. *La CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, México 1994*. La Conferencia Interamericana sobre derecho internacional privado, llevada a cabo en la ciudad de México en 1994 y convocada por la Organización de Estados Americanos, produjo una Convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, que unifica normas de conflicto relativas a los contratos internacionales.

La convención aún no ha entrado en vigencia, y no se sabe exactamente cuánto tardará el proceso de ratificación por los estados americanos. Tal vez ese proceso sea lento, ya que la Convención intenta una síntesis, a veces forzada, entre los sistemas jurídicos latinoamericanos, de raíz continental, y los norteamericanos, con raíz en el *common law*.

El art. 7 consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes, la que puede ser expresa e inclusive implícita.

44 HOLTZMANN, H.M. y NEUHAUS, J.E., *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989.

El art. 9, en subsidio de la elección del derecho aplicable, establece que el contrato se registrará “por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”.

Es decir, se consagra un punto de conexión totalmente flexible, que tendrá que ser precisado por el juez.

Como “pautas” o guías para determinar el derecho aplicable, se le dice al tribunal que tendrá que tomar en cuenta, además de los elementos objetivos y subjetivos del contrato:

“Los principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales”.

Además, dice el artículo 10, se aplicarán las “normas”, las costumbres, y otra vez los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación. Finalmente el artículo agrega, como para balancear la cuestión, que se deberá realizar la justicia y la *equidad* en el caso concreto.

Es interesante resaltar que después que los artículos 7 y 8 mandan a aplicar el “derecho” elegido por las partes, o el derecho más vinculado al caso, el artículo 10 dice que también se aplicaran “normas”. ¿Cuál será el alcance de esta palabra?, ¿es que el “derecho” no está constituido además de valores y hechos, por “normas”?

Alguna respuesta tal vez se encuentre en el mismo artículo pero es su versión en inglés, que dice:

“In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, custom, and principles of international commercial law, as well as commercial usages and practices general accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case” (art. 10).

Queda aún por determinar el concepto de *guidelines*, guías, modelos, o *informal rules or instructions on how something should done*⁴⁵.

45 *Logman Dictionary of Contemporary English*, England, 1990.

Al parecer la misma convención manda aplicar lo que se ha denominado *soft law* (véase 3.2), ya que como así la CISG es la única convención que intenta una definición de los usos, la CIDIP V es la más amplia, en este sentido, ya que manda aplicar guías, costumbres, principios de derecho, usos, prácticas, y por supuesto la equidad.

JUENGER identifica todos estos principios generales con los de UNIDROIT, mientras que RONALD HERBERT los identifica con la *lex mercatoria*⁴⁶.

10. *Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, de 1998*. Como la ley modelo, esta es una norma de carácter procesal, que sin embargo, también regula algunas cuestiones de fondo. Este protocolo no está vigente aún en ninguno de los países del MERCOSUR.

El artículo 10 determina el derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral, así:

“Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia con base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

Consagra la autonomía de la voluntad de las partes, y subsidiariamente remite al derecho internacional privado “y sus principios”, y al derecho del comercio internacional; ante ausencia de elección, los árbitros deberán decidir “con base al derecho internacional privado”.

Aparentemente existe cierta flexibilidad también para los árbitros al momento de elegir el derecho aplicable a la solución de caso, ya que no están atados en principio a las normas de conflicto del lugar de

46 JUENGER, F.K., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, 1994, AJCL, pág. 388. HERBERT, RONALD, “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Revista uruguaya de derecho internacional privado*, año 1 n° 1, 1994, págs. 45-62.

la sede, sino que deben decidir “con base” al derecho internacional privado, giro que le otorga un mayor poder discrecional.

Pero más interesante aun es que el artículo permite a las partes, y obliga a los árbitros, a aplicar “*el derecho del comercio internacional*”.

¿Cuál es este derecho?, ¿el derecho de algún país en particular?, ¿el derecho de fuente convencional?, ¿el establecido por organizaciones internacionales reconocidas?, ¿o por las *formulating agencies*?

En el art. 9 se faculta a las partes a elegir establecer que el arbitraje puede ser de *equidad*.

Finalmente es interesante resaltar que el art. 25.3 dice que:

“Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que este acuerdo se remite, se aplicarán los principios y reglas de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, del 21 de junio de 1985”.

Esta referencia a las Reglas de la CIAC y de la ley modelo, permite expresamente la incorporación de los usos y costumbres comerciales⁴⁷.

11. *Protocolo de Colonia para la protección y promoción recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (intrazona)*. Por Decisión n° 11/1993 del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, se sancionó un régimen uniforme y material de protección y promoción de inversiones ente los estados parte del MERCOSUR.

El art. 9 regula los procedimientos de solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión, ofreciéndose al inversor varias vías de solución, entre las que se encuentra el arbitraje.

47 Véase en general CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Fundación para las investigaciones jurídicas, UNR, 1998, págs. 17-22.

Si se recurre al arbitraje internacional el inversor puede optar por llevarlo a cabo en el Centro Internacional de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre estados y nacionales de otros estados” de Washington 1965; cuando el Estado parte del protocolo también sea parte del aquel convenio, o en caso contrario el conflicto será sometido a un reglamento complementario de la misma CIADI (art. 9.4.a).

O, el inversor puede también llevar su problema a un tribunal arbitral *ad hoc*, que actuará según las reglas de la ley modelo de UNCITRAL (art. 9.4.b)

Finalmente el art. 9.5 dice que el tribunal arbitral decidirá la controversia con base a las normas de mismo protocolo, al derecho del Estado parte de la controversia, a las normas de conflicto, al acuerdo de inversión, “*como así también a los principios del derecho internacional en la materia*”⁴⁸.

12. *Tratado de Asunción, Asunción del Paraguay 1991*. El tratado para la constitución de un Mercado Común entre la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay por el que se constituye el MERCOSUR, en el anexo 2 sobre el Régimen General de Origen, en el art. 1.d dice que se considerarán producidos en el territorio de un Estado parte “... los productos que resulten de operaciones de ensamble y montaje realizados en el territorio de un Estado parte utilizando materiales originarios de los estados parte y de terceros países, cuando el valor de los materiales originarios no sea inferior al cuarenta por ciento del *valor FOB de exportación* del producto final”.

48 Tener presente también que tanto el Convenio de Washington de 1965 (art. 42.1), como la ley modelo (art. 28) facultan la autonomía de la voluntad de las partes. Analizar también el Protocolo para la protección y promoción recíproca de inversiones en el MERCOSUR (extrazona), es decir, para inversiones provenientes de fuera del MERCOSUR.

Y el art. 2 dice que en algunos casos:

“... bastará con que el *valor CIF puerto de destino o CIF puerto marítimo de los materiales de terceros países no exceda el cincuenta por ciento del valor FOB de exportación...*”.

En el Acuerdo de alcance parcial de complementación económica n° 18, de Montevideo de 1991, en el anexo 1, arts. 1.d. y 2; y en el Acuerdo de complementación económica n° 18, segundo Protocolo adicional, de Montevideo de 1992, art. 5 se vuelve a hacer referencia a las cláusulas FOB y CIF.

Pero ¿qué significa CIF?, ¿qué significa FOB?; el mismo tratado no da ninguna pauta al respecto. ¿Se referirá a los INCOTERMS de la CCI?, ¿o a algún otro tipo de “reglas”?; ¿o a algún derecho consuetudinario?, ¿o a lo que digan las partes?

Estas cláusulas *Free on Board* o *Cost Insurance and Freight* (si a ello se refieren) ¿sirven sólo para la determinación del precio de la mercadería?, ¿o pueden indicar también el lugar de cumplimiento de las obligaciones?, ¿podrían también determinar el derecho subsidiariamente aplicable?

¿Cómo se incorporan estas cláusulas a un contrato?, ¿por la autonomía de la voluntad de las partes?, ¿son usos del comercio aplicables aun sin expresa referencia?

Sea cual fuera la respuesta a todos estos interrogantes, el mismo Tratado de Asunción ha realizado un reconocimiento formal de los usos y costumbre del comercio internacional al incluir en su texto las referencias a las cláusulas FOB o CIF, y además ha realizado un reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que ellas incorporando en un contrato una cláusula FOB puerto de embarque, por ejemplo, no sólo determinan el precio, sino que también, determinan cuándo se considera cumplidas las obligaciones, cuándo se produce el traslado del riesgo sobre la cosa, y eventualmente fijan el lugar de cumplimiento del contrato

y con ello el derecho eventualmente aplicable por una norma de conflicto⁴⁹.

Usan en definitiva la autonomía material y conflictual.

Si el Tratado de Asunción ha reconocido a los usos y costumbres del comercio; y a la autonomía de la voluntad de las partes ¿podría la legislación interna de los países del MERCOSUR desconocerlos?

IV. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS USOS

En el punto III de este ensayo se intentó mostrar el *contenido* de los usos y costumbres del comercio internacional, constituido por una pluralidad de “fuentes” muy difíciles de clasificar.

Se intenta en esta sección estudiar los requisitos *formales* que reúnen o deberían reunir estas manifestaciones jurídicas, y si se podrían englobar dentro de alguna de las fuentes clásicas

Cabe observar que ha habido un inmenso debate teórico sobre los usos comerciales, y más en general sobre la *lex mercatoria*, en donde se han enfrentado si no positivistas, por lo menos sí exégetas nacionalistas contra comercialistas, en una discusión que fue exagerada⁵⁰, ya que tal vez nunca se realizó una justificación filosófica jurídica sobre el tema, sino que se redujo a una discusión desde el plano siempre limitado del derecho positivo⁵¹.

49 Se remarca que se ha realizado sólo un reconocimiento, de una situación ya preexistente. Los usos del comercio internacional, y la autonomía de la voluntad, han tenido vigencia en los países del MERCOSUR (todos) mucho antes de la promulgación del Tratado de Asunción.

Para analizar el contenido de las cláusulas FOB, u otras, véase ICC *Incoterms version 1990*, y la version 2000.

50 DE LY, F., *op. cit.*; y BERGER, K.P., *op. cit.*

51 Excepto YVES DEZALAY y BRYANT G. GARTH, *op. cit.* que realizan un magnífico análisis de la problemática desde la dimensión sociológica.

4.1. DEFINICIÓN DE USOS Y COSTUMBRES

La costumbre jurídica, junto la jurisprudencia, la ley, y también la doctrina, es una de las fuentes del derecho, es decir, uno de aquellos

“criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo”⁵².

La costumbre es por definición, *conducta reiterada*, o *repetición de actos* de la misma especie. Hechos humanos reproducidos asiduamente, y con cierta similitud.

Son formas de actuar, que a veces, y en forma relativamente espontánea, establecen *códigos* o reglas entre las personas que permiten o facilitan el entendimiento en un grupo. Así, por ejemplo, es de esperar que al encontrarse una persona con un amigo o un conocido lo salude extendiéndole la mano; y no por el contrario entender aquel movimiento de la mano como una agresión.

Ahora bien,

*“The main problem for any theory of customary law seems to be determining the nature of the additional factor required to transform custom into law”*⁵³.

Diferentes autores han tratado de encontrarlo, y en general se define a la costumbre

52 CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 24 y 25.

53 WATSON, ALAN, “*An approach to customary law*”, in: *Dundes Renter*, Alison & Dundes, Alan, editors, *Folk Law: Essays in the theory and practice of lex non scripta*, Garland Publishers, New York & London, 1994, t. I, pág. 142. Y CUETO RUA, *op. cit.* pág. 103.

“como la norma derivada de una conducta repetida, por la generalidad de la población, durante un tiempo prolongado, con la convicción de que esa conducta es jurídicamente obligatoria”⁵⁴.

Es decir que la conducta humana para ser considerada costumbre jurídica debería reunir los siguientes elementos básicos:

1. Generalidad, o universalidad;
2. Temporalidad, o existencia durante un largo período de tiempo;
3. Obligatoriedad, u *Opinio iuris*.

De estos caracteres básicos se pueden (suelen) deducir también los siguientes:

4. Identidad, o similitud en los comportamientos;
5. Espontaneidad, y,
6. Oralidad.

Estas características generalmente se contraponen con los de la ley, en el sentido que ésta es escrita, de creación —supuestamente— reflexiva por el legislador, puede —aunque no necesariamente— entrar a regir en forma inmediata, y su obligatoriedad se descuenta o presupone. Se ve aquí que sólo el carácter de *escrita* es absolutamente seguro de predicar acerca de una ley. El resto de los caracteres clásicos son fácilmente pasibles de ser cuestionados.

Frente a los elementos descritos, surgen las siguientes preguntas:

1. “¿Cuál es la proporción de casos semejantes en que la gente debe comportarse de manera idéntica...?”;
2. “¿Qué hay que entender por tiempo suficientemente largo”;

54 TORRE, ABELARDO, *Introducción al derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 311; o LLAMBIAS, J.J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 68.

3. “¿Cuándo estamos en condiciones de afirmar que ha aparecido la dichosa *opinio*?”⁵⁵
4. ¿Por qué la costumbre no puede existir en forma escrita?,
5. ¿Qué tan irreflexivo debe ser el nacimiento de la costumbre?,
6. ¿Cuán parecidos o similares deben ser esos actos?

Cuando se intenta responder a estas preguntas el investigador se encuentra con que “...jamás se ha apelado a votaciones, análisis o encuestas para determinar...”⁵⁶ si existe algo que se pueda llamar costumbre y que produzca consecuencias jurídicas, y aun así los juristas, pero sobre todo los jueces deciden que existe una costumbre y la aplican.

Llegado a este punto corresponde intentar responder las preguntas formuladas.

1. ¿Cuál es la proporción de casos semejantes en que la gente debe comportarse de manera idéntica?

¿Todos los habitantes del país deben comportarse de manera idéntica?, ¿o bastan los de una provincia?, ¿o los de un municipio?, ¿o los de una región? O será necesaria una mayoría calificada para considerar que una costumbre es *general*.

En este punto es necesario abandonar la innata tendencia a la generalización absoluta, que es propia de los juristas, y tratar de acercarse de una forma más realista a la experiencia social.

“Cada vez es más necesario hablar de las costumbres de determinados núcleos sociales, sectores o clases sociales, en vez de hablar de la costumbre en general”⁵⁷.

55 GUIBOURG, RICARDO, *Derecho, sistema y realidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pags. 27 y 28.

56 GUIBOURG, RICARDO, *op. cit.* pág. 28.

57 CUETO RUA, *op. cit.* pág. 90.

En este sentido sí se puede hablar ahora de, por ejemplo, las costumbres bancarias, o las costumbres presentes en la contratación internacional, y aun dentro de ésta por ejemplo la costumbre del sector de exportadores.

2. ¿Qué hay que entender por tiempo suficientemente largo?

Los romanos exigían cien años, los canonistas diez, los ingleses la inmemorialidad —es decir, que no se recuerden actos contrarios a la costumbre—, las Partidas exigían siete años⁵⁸.

¿Por cuánto tiempo un uso social se tendrá que mantener para ser considerado norma jurídica?

Se puede optar arbitrariamente por cualquier período de tiempo, y aún así, otra vez se cae en las dificultades de prueba. ¿Cómo se determina el período de tiempo por el cual se viene cumpliendo determinada práctica social?

Como se puede observar, y a diferencia e incluso contrariamente a lo que ocurre con la ley y con las sentencias, que están escritas, la determinación de una norma de tipo consuetudinario es infinitamente más complejo, y tal vez por ello ha sido rehuida.

Incluso en este aspecto se ha analizado un caso particular: la *costumbre jurídica instantánea* (véase 3.2) esto es, la posibilidad de desarrollo de la costumbre *sin el requisito de temporalidad*.

3. ¿Cuándo estamos en condiciones de afirmar que ha aparecido la *opinio iuris*?

Tal vez sea este el criterio más importante para determinar que una conducta se ha transformado en una norma.

Esto es, un mero uso social se va a considerar costumbre jurídica cuando las personas “sientan” o estén “convencidas” de que están cumpliendo una obligación legal.

58 AFTALION, ENRIQUE, GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, JOSÉ, Introducción al derecho, 12 ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 317, nota al pie 18.

Ahora bien, ¿cuándo ocurre esto?, además de realizar una investigación de campo de tipo sociológica, el jurista debería recurrir a un psicólogo para determinar con qué sentido una persona está cumpliendo determinada conducta.

Además de los recurrentes problemas de prueba, se presenta en este lugar un problema lógico.

“Según la opinión corriente... a formar el uso concurriría otro elemento: la llamada *opinio iuris seu (ac) necessitatis* ... o sea la creencia errónea de no poder sustraerse a aquel determinado modo de obrar (obligatoriedad), por corresponder a una norma jurídica.

Pero el requisito de la *opinio iuris* ha sido... puesto en duda. Se ha observado que tal requisito es irrelevante; y, más aún, que constituye un círculo vicioso el considerar que la *opinio iuris* como presupuesto necesario de la obligatoriedad del uso (o sea, elemento constitutivo del mismo) y considerar, al mismo tiempo, que la *opinio iuris* presuponga la preexistencia de una obligación a la cual el individuo piensa someterse con el hecho mismo de seguir el uso. En otras palabras, al exigir dicho requisito se afirman dos cosas que están en oposición: que el uso no se forma sin la *opinio*, pero que la *opinio* sólo nace cuando se ha formado ya el uso”⁵⁹.

Entonces, ¿qué es lo que determina que un mero comportamiento sea derecho?

“Para que una norma consuetudinaria sea a su vez una norma jurídica ella debe formar parte de un sistema jurídico, es decir, tiene que ser reconocida por los órganos primarios del sistema”, esto es por los jueces⁶⁰.

Sin embargo este argumento tampoco es convincente, ya que considerar que una norma consuetudinaria es jurídica, sólo si es reconocida por los jueces eleva a una categoría esencial el

59 MESSINEO FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1971, págs. 19 y 20.

60 NINO, SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, pág. 151, siguiendo a HART.

reconocimiento judicial, con lo que los jueces, más que *declarar* la existencia de una norma consuetudinaria, estarían *constituyéndola*, o creándola, y con ello se transformaría a la costumbre, de alguna forma, en jurisprudencia.

Más allá que, además, se reduciría todo el fenómeno jurídico al conflicto y resolución judicial.

Pero aquel argumento cae definitivamente, si se da un paso más y se pregunta: ¿de dónde surge la obligación de los órganos primarios de aplicar ciertas normas a casos particulares?

“La respuesta de HART al interrogante acerca de la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas, es que ella *surge de una práctica o regla social* [bastardilla fuera de texto], desarrollada principalmente por ellos mismos, que establece que las normas que satisfagan ciertas condiciones (como el de estar dictadas por determinado órgano legislativo) son válidas, o sea, deben ser aplicadas. La existencia de esta práctica social de reconocimiento de ciertas normas —que HART llama *regla de reconocimiento*— se pone de manifiesto *en la aplicación reiterada de ciertas normas, en las críticas a quienes no las aplican*, etcétera [bastardilla fuera de texto].

Alguien podría preguntarse cómo es posible decir que los jueces están obligados a aplicar ciertas normas si esa obligación surge de una regla (la de reconocimiento) que ellos mismo practican voluntariamente y que podrían alterar si quisieran, ya que no hay otra regla positiva (aunque sí podría haber factores extranormativos de presión) que los obligue a persistir en esa práctica.

La respuesta más plausible es que —al igual que en el caso de toda regla consuetudinaria— hay que distinguir entre la situación del *conjunto* de los jueces frente a la regla de reconocimiento, y la situación, respecto de la misma regla, de *cada uno* de los jueces tomado en forma individual. El conjunto de los jueces no está obligado por la regla de reconocimiento, pero sí lo está cada uno de los jueces que integran ese conjunto (del mismo modo que una sociedad en su conjunto no está obligada a mantener sus costumbres... pero sí los individuos que la integran...)”⁶¹.

61 NINO, SANTIAGO, *op. cit.*, págs. 110 y 111.

“El problema de fondo, enfocado por la consecutividad del ordenamiento normativo... el problema de la vigilancia del vigilante. [este problema] es insoluble, tanto si se le da una forma lineal, ya que entonces el último vigilante queda sin

Cuándo, entonces, estamos en presencia de una norma consuetudinaria; tal vez cuando “... los demás esperan de nosotros un comportamiento conforme al uso”⁶².

Un criterio similar ha sido adoptado por los textos legales, por ejemplo en *UNIFORM Commercial Code* de Estados Unidos, section 1-205 (2):

“A usage of trade is a practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that will be observed with to the transaction in question...”

Norma que seguramente influyó en la redacción del art. 9 de la CISG (véase 3.4).

Se prescinde en estos textos legales del requisito de la *opinio iuris*, ya que en ningún momento se exige algún tipo de “convicción” particular, sino que se presupone tácitamente la aplicación de los usos, y aun cuando alguna de las partes no lo conozca pero haya debido conocerlo.

Se prescinde del carácter de *generalidad*, que es sensiblemente reducido a “contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

Se prescinde del requisito de la *temporalidad*, ya no hay ninguna exigencia de plazos o términos.

Tampoco se exige algún tipo de reconocimiento jurisprudencial, sino más bien un reconocimiento social, por las mismas personas que lo utilizan, los contratantes, por ejemplo.

control, como si se le da una forma circular, en el cual el último es supervisado por el primero, toda vez que en este supuesto cabe la confabulación entre el último y el primero todo el sistema se derrumba. Ahora bien, la indisolubilidad del problema de la vigilancia del vigilante lleva al absurdo la doctrina del carácter coercible del derecho, (...) pueden operar fuerzas morales en las almas de los vigilantes, haciéndolos cumplir sus obligaciones sin temor a una [sanción]... el derecho sólo puede funcionar si interviene la moral”. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 333, 334.

62 CUETO RUA, *op. cit.* pág. 112.

Sólo se exige que el uso sea tan conocido, y regularmente observado como para *justificar la expectativa de que va a ser aplicado* en determinada transacción.

Estos criterios legales son concordes a los criterios jurisprudenciales.

En el laudo del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, *Norsolor SA v. Palvack Ticaret* (analizado en 3.2), el tribunal prescinde de la ley formal aplicable al caso, y se basa en los usos y costumbres; pero tal vez lo más llamativo es que el tribunal sólo manifiesta que existe esa costumbre, sin realizar ningún tipo de análisis jurisprudencial, ni mucho menos realiza alguna investigación estadística, para tratar de determinar si existía una costumbre practicada por algún número importantes comerciantes; de alguna forma *presupone* que entre ese tipo de comerciantes existe este tipo de prácticas, y por lo tanto deben ser aplicadas.

En el fallo Perú, Gobierno de la República del, c. SIFAR, Soc. Ind. Financ. fallado por la CSJN el 10/12/1956, en donde ante una demanda por cumplimiento contractual, la Corte prescinde de las normas de aplicables del Código Civil, y considera que son aplicables al caso las cláusulas *Free on Board* (FOB), cláusulas que reglamentan consuetudinariamente el contrato de compraventa, y que establecen que el vendedor se libera poniendo la mercadería a bordo. Tampoco en este caso se había “probado” la existencia de una regla consuetudinaria.

La costumbre es aplicada por los —al menos algunos— jueces sin demasiados prejuicios, y sin analizar, al igual que los modernos textos legales, si se cumplen toda la cantidad de requisitos exigidos por la doctrina.

Es decir, que se considera a los usos desde sí mismos, sin delegar en otra instancia, u otros conceptos, el reconocimiento de su existencia.

“Por lo tanto la costumbre es obligatoria. Por el solo hecho de su establecimiento, los demás esperan de cada miembro del sector, que se comporte de acuerdo a la práctica consuetudinaria”⁶³.

¿”Usos” o “costumbres”?

Es de hacer notar que los modernos textos legales se refieren terminológicamente siempre a “usos” y nunca a “costumbres”, tal vez para evitar conflictos teóricos; es decir, al estar hablando de usos y no de costumbres, no se le podrían exigir a los primeros los duros requisitos que le impone la doctrina a un uso social para transformarse en jurídico.

Con respecto a las respuestas a las preguntas derivadas, están implícitas en las respuestas anteriores, ya que:

4. ¿Por qué la costumbre no puede existir en forma escrita?

Se vio que existen cierto tipo de recopilaciones escritas de costumbres, como lo son de modo prototípico los reglamentos de la ICC (véase 3.2), y que históricamente siempre han existido recopilaciones escritas de usos y costumbres (véase 2.2.1).

5. ¿Qué tan irreflexivo debe ser el nacimiento de la costumbre?

Esos mismos reglamentos son dictados generalmente después de un largo análisis y trabajo de investigación, por lo que la espontaneidad es más que relativa. Y por otra parte muchas veces los árbitros al laudar, o los abogados al negociar contratos internacionales, se refieren deliberadamente a los “usos y principios” como fórmulas de transacción sobre el derecho aplicable (véase 3.3).

6. ¿Cuán parecidos o similares deben ser esos actos?

Respecto a cuán parecidos o similares deben ser esos actos,

“Hablamos en la costumbre de repetición de conductas. En toda repetición hay: a) *hechos individuales diversos* que responden a b) una *esencia* común [o mejor a una característica común], ... siempre que hablamos de ‘*repetir*’

63 CUETO RUA, *op. cit.*, pág. 93.

—así cuando hablamos de ‘*lo mismo*’ referido a la realidad— hemos hecho ya una abstracción de ciertos datos que integraban el hecho individual real ocurrido [esto es, las conductas nunca son idénticas] ... pero hemos prescindido de esas diferencias para elevarlos a lo ideal..., y desde ese punto de vista idéntico, hablamos de repeticiones”⁶⁴.

Es decir que *elegimos* como relevantes ciertas características de ciertas conductas o hechos, características que pueden presentarse en otras conductas y por lo cual son asimilables.

V. CONCLUSIÓN

En la introducción a este ensayo se observó que existen varias vías para regular las relaciones comerciales internacionales. Algunas, como las que se realizan a través de leyes o convenciones, son formas de regulación correspondientes al Estado-nación. Otras como los usos y la *lex mercatoria*, son formas a-estatales y transnacionales.

Se estudió cómo esas formas de regulación son complementarias, por lo que no se puede hablar de la *lex mercatoria* como un derecho autónomo del derecho estatal.

Asimismo, el fenómeno de los usos y costumbres del comercio internacional, de la *lex mercatoria*, o del derecho transnacional, manifiesta claramente la tensión entre la autonomía de la voluntad individual y el bien común; la tensión dialéctica entre el individuo autosuficiente, autorregulándose a través de normas de creación propia, contra el Estado intentando regular la vida social.

Nótese cómo se refleja este proceso; en primer lugar, en la Edad Media, se forman los usos de forma más o menos espontánea entre los mismos comerciantes; en segundo lugar esos usos logran un cierto reconocimiento estatal; en tercer lugar, durante el período de la codificación, son —también de manera relativa— absorbido por las leyes nacionales, y con ello “nacionalizados” o

64 AFALION, *op. cit.* pág. 309.

“legalizados”, en cuarto lugar los usos vuelven a “privatizarse”, “internacionalizarse”, “descodificándose”; en quinto lugar parecería que hoy hay un nuevo intento de codificación, pero ahora a nivel convencional internacional.

Posteriormente, se analizó también, y someramente, el concepto de costumbre jurídica, a través de los elementos *formales* que le ha atribuido la doctrina tradicional. Y se ha realizado una crítica de los mismos, demostrando la relatividad de todos ellos, e incluso la superficialidad de alguno de esos elementos.

En efecto, los usos sociales con contenido jurídico, son numerosos, amplios y variados, y presentan elementos de diverso tipo.

La costumbre jurídica es captada con mucha más flexibilidad que la que se reconoce por la jurisprudencia, aplicación que no coincidiría, o que no cumpliría los requisitos exigidos por la doctrina clásica. Y diferentes tipos de textos legales intentan dar una reglamentación de la costumbre, que tampoco coincide con la definición clásica.

Se intentó comprender el *contenido* de este complejo derecho transnacional, formado por usos, contratos, *standard forms*, códigos de conducta, principios generales, y laudos arbitrales.

Por otro lado, se vió también desde un punto de vista material, que los usos y principios del comercio internacional cumplen la función de hacer “formalmente neutro” el derecho que se aplica a las relaciones comerciales internacionales, pero este es en el fondo un derecho sorprendentemente parecido, en cuanto a sus contenidos, al derecho occidental. Aunque éste ya sea universal, o se haya *globalizado*.

A comienzos del siglo XXI aquella tensión vuelve a manifestarse con mucha claridad.

Por un lado es el Estado, travestido en comunidades del Estados (UE, MERCOSUR) o en organismos intergubernamentales (Organización Mundial del Comercio), es el que intenta regular las relaciones comerciales internacionales, estableciendo normas convencionales respecto de la competencia desleal, el *antidumping*, los antimonopolios, los acuerdos sobre tarifas aduaneras.

Y sin embargo, al mismo tiempo, los particulares buscan otra vez autorregularse; las transferencias internacionales de fondos, el comercio electrónico, e Internet, son fenómenos sociales en donde la presencia estatal es muy baja, y se regulan por la autonomía de la voluntad, los usos, y las costumbres.

Allí están, junto con la *lex mercatoria*, la *lex financiera* y la *lex informática*, esperando ser entendidas⁶⁵.

65 MEFFORD, ARON, *Lex Informatica: Foundations of the law on Internet*, 5 Ind. J. Global Legal Studies 211, (1997), págs. 553-592. GAUTRAIS, V., LEFEVRE, G. y BENYEKHLEF, K., “*Electronic Commerce Law and Applicable Norms: the Emergence of the Lex Electónica*”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 5, 1997. WOOD, PHILIP, *Comparative Financial Law, Law and practice of international finance*, Sweet & Maxwell, London, 1995. ZARING, DAVID, *International law by others means, the twilight existence of international financial regulatory organisation*, *Tex. Int. Law. Jou.* (1998) vol. 33, págs. 281-330. BHALA, RAJ, “*Paying for the deal: An analysis of the wire transfer law and international financial market interest group*”, *The Uni. Kansas Law Review*, vol. 42.

