

LOS USOS, PRÁCTICAS Y COSTUMBRES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Autor: • Corina Andrea Iuale*

Resumen:

La lex mercatoria nos sitúa, una vez más, ante el problema de qué es el derecho

Los artículos 1 y 2651 del C.C.y C. aluden a ámbitos diferentes;

El artículo 1 alude a los usos, prácticas y costumbres como fuente del derecho para un amplia gama de situaciones regladas por el C.C.y C. Se trata de una fuente del derecho para regir una relación jurídica local

El artículo 2651 refiere a la aplicación de usos, prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres o los principios del derecho comercial internacional a la relación jurídica internacional, y trata a los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional con indiferencia de su ámbito de producción, local o internacional. Siendo ello así, le otorga a los mismos carácter conflictual.

1- Introducción:

Es tanta la labor de abordar a la “lex mercatoria” que todo intento en ello, va a configurar seguramente unos pocos primeros pasos de ese camino.

Feldstein de Cárdenas expresa que bajo la denominación genérica de lex mercatoria subyacen varias clases de normas de origen, contenido y proyección distintas, dotadas de operatividad propia. Resulta posible que bajo el manto de una nomenclatura aparentemente unitaria nos estemos refiriendo a usos profesionales, codificados o no, a principios generales del Derecho, a principios generales del Derecho internacional, a normas directa o indirectamente inspiradas en la equidad, o bien a principios comunes a los sistemas de conflicto implicados.¹

* Profesora Adjunta Derecho Internacional Privado Universidad Nacional del Sur, Universidad Nacional del Río Negro

¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara ob.cit.

Uno de los primeros problemas que se presenta es el de saber en qué consiste la misma, otro es el de saber si la *lex mercatoria* es un orden jurídico o no lo es.

En la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria*, y con ello se alude a un ordenamiento jurídico, aunque sin consenso jurídico- en el que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee elementos que ya existían en el Derecho común de los comerciantes en aquél período.

Por su particular, Labariega Villanueva², cita como elementos de la *lex mercatoria* al Derecho Internacional Público, a la legislación uniforme, a los principios generales del derecho, a las normas de las organizaciones internacionales, a los usos y costumbres mercantiles, a los contratos tipo, a los laudos arbitrales.

2.- Elementos de la *lex mercatoria*

a.- Las reglas del Derecho Internacional Público

Haciendo la salvedad que la invocación al derecho público no deja de ser problemática –y una pauta de diferenciación puede ser la de la contraposición de los intereses en juego: el interés general y el interés privado-, puede igualmente, en este contexto, adentrarse en el tema de la relación entre la *lex mercatoria* y Derecho Internacional Público.

Expresa Labariega Villanueva³ que las reglas de derecho internacional público sobre los tratados se han aplicado a los contratos que se celebran entre una empresa gubernamental y un particular, como lo son las convenciones que establecen reglas para la solución de controversias sobre inversiones entre los estados y los nacionales de otros estados.

Surge de lo que expresa Fernandez Rozas⁴ que debe destacarse que la *lex mercatoria* y su recepción estatal y convencional están mediatizadas por el Derecho internacional público y, en concreto, por el Derecho internacional económico, así, en la constitución del FMI, o los nuevos acuerdos de la OMC, -por ejemplo- se pone de manifiesto no sólo un marco internacional de desenvolvimiento del comercio internacional, sino también los intereses internacionales inseparables de esa actividad “privada” que enfrentan a distintos grupos de Estados y provocan una invocación cada vez menos entusiasta de un nuevo orden económico internacional.

² LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso La moderna *lex mercatoria* y el comercio internacional
Revista de Derecho Privado Año 9 Número 26 Mayo – Agosto Año 1998
<http://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/LIBREV/REV/REVDPRIV/CONT/26/DTR/DTR3.PDF>

³ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso ob.cit.

⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”,
Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n° 5, 2000, pp. 161-230.

Los recientes Principios aprobados por el Comité Ad hoc sobre Procesos de reestructuración de Deuda Soberana de la Organización de Naciones Unidas son un caso reciente a citar. Son Nueve Principios con los que busca limitar el accionar de los fondos buitres en los procesos de canje de deuda, de manera de permitir el crecimiento y el desarrollo inclusivo de los países.⁵ Los puntos planteados por el Comité Ad Hoc, son: el derecho soberano que tienen los estados a reestructurar su deuda, la inmunidad soberana, el respeto por las mayorías calificadas en los procesos de reestructuración, el tratamiento equitativo, así como la buena fe, transparencia, imparcialidad, legitimidad y sustentabilidad.⁶

b.- La legislación uniforme

La legislación uniforme está presente en el comercio internacional, siendo el caso a citar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de cuyo preámbulo se extrae: ...Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional.

c.- Los principios generales del derecho comercial

Los principios generales del derecho comercial, que son ampliamente reconocidos en el derecho comercial.

Muchos forman partícular tanto del Derecho Interno de los Estados como del Derecho Internacional. Entre ellos podemos mencionar el Principio de Buena fe, deber de minimizar los daños, el *Pacta sunt Servanda*, el principio de la acción de contrato no cumplido, entre otros.⁷

d.- Las normas de las organizaciones internacionales

⁵ <http://www.telam.com.ar/notas/201507/114307-onu-reestructuracion-de-duda-fondos-buitre.html>

⁶ <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/avanza-en-la-onu-un-acuerdo-para-limitar-el-accionar-de-los-buitres-9267.html>

⁷ MATUTE MORALES, Claudia La lex mercatoria y los principios Jurisprudenciales de la corte de arbitraje ANUARIO N° 27 (2004)

Las normas de las organizaciones internacionales, de las que pueden citarse la UNCITRAL. La importante labor de UNIDROIT⁸ con la elaboración de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Surge del preámbulo de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, que dichos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; que deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos; o cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes; cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme; para interpretar o complementar el derecho nacional y servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.⁹

e.- Los usos y costumbres mercantiles

Un uso es una práctica o método realizada por regularidad de observancia en determinado lugar, localidad o comercio para justificar la expectativa de que ésta será observada respecto de la transacción en cuestión. Es decir, estos usos han sido establecidos en las relaciones de comercio internacional para ser tomados en cuenta en la realización y desarrollo de los contratos comerciales internacionales.

Estos usos y costumbres son reconocidos en muchos sistema jurídicos como fuente de Derecho ya que éstas han sido materia de un desarrollo y formación constante a través de los

años¹⁰

f.- Los contratos mercantiles:

En esta materia, ciertos usos y costumbres mercantiles aplicados a los contratos comerciales internacionales y locales, se han convertido en las cláusulas tipo que definen los usos comerciales internacionales más comunes relacionadas –entre otras- con la transferencia de la responsabilidad, la distribución de los gastos y obligaciones.

Los contratos comerciales constituyen fuente principalísima del Derecho del Comercio Internacional y ante la continua repetición de los mismos, algunos se han tipificado en condiciones generales y otros han devenido en usos y costumbres¹¹

⁸ UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>

⁹ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

¹⁰ MATUTE MORALES, Claudia ob.cit.

g.- La jurisprudencia arbitral internacional

La jurisprudencia arbitral internacional es una fuente importante ya que esta viene a aglutinar en un cuerpo de derecho casuístico, reglas vinculantes

h.- Influencia en el desarrollo legislativo estatal

En cuanto al sistema de leyes modelo, este es un sistema de unificación del derecho que consiste en la redacción de una reglas destinadas a reemplazar las actualmente existentes en los Estados interesados. No constituyen una Convención internacional, ni los Estados forman partícule de éste, son sencillamente recomendaciones que formula el organismo que las ha elaborado para que se conviertan en Ley.

En lo relativo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL, ésta fue elaborada para cumplir los fines de crear un procedimiento arbitral que pudiese contribuir a superar la mayor partícule de los problemas que se habían suscitado y aparecido en el estudio sobre la aplicación

e Interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjera de Nueva York de 1958.

Surge de lo que expresa Fernandez Rozas que cerca de la *lex mercatoria* puede mencionarse a la flexibilización como tendencia general del Derecho para la producción de normas, en donde se incluyen normas, recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc... sin poder de vinculación directa que influyen en el desarrollo legislativo estatal, sobre el partículeoicular, las Leyes-modelo elaboradas en foros internacionales, son fuente impropias a considerar.

3.- Convivencia con el derecho conflictual

La autonomía conflictual evidentemente representa, en el ámbito del Derecho internacional privado, el principio material fundamental de la libertad contractual. Proporciona una solución eminentemente práctica al problema conflictual, permitiendo que individuos y

¹¹ MATUTE MORALES, Claudia ob.cit.

empresas sometan sus transacciones a un sistema jurídico que se acomode a las necesidades del comercio internacional.¹²

Innecesariamente muchas veces se presenta a modo de contraposición la autonomía conflictual y la *lex mercatoria*, ya que no se requiere que una derribe a la otra sino que hasta es posible que convivan en una relación jurídica internacional. En este sentido la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales establece en el artículo 9, -en lo pertinente- que Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

4.- Críticas a la *lex mercatoria*

Las críticas que se le hacen a la *lex mercatoria* es que no es derecho (visto al menos desde la visión positivista), dejando con ella fuera de escena a la *a riqueza y diversidad de la autorregulación moderna, derivada tanto de instituciones formales como la ONU o la UE y de varias redes de actores clásicamente definidos como privados, con interés en darse normas para asegurar las expectativas de su propio funcionamiento (como en las normas de ICANN, los Basel Accords, la CAS o UNIDROIT, entre otros).*"¹³

Otra crítica se basa en que en su formación no ha habido un proceso deliberativo, algo así como una carencia de representatividad de los verdaderos actores que aciden a ella, respondiéndose que *La cuestión no se resuelve cuando, por un lado, se asume en el derecho doméstico que todos los afectados son todos los nacionales que participan con su voto en procesos legislativos (o que deciden libremente participan no votando); y tampoco se resuelve en el derecho internacional pretendiendo que todos los afectados son los miembros de los Estados soberanos que concurren a un acuerdo.*¹⁴

Para quienes la aceptan como a un derecho, a *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma, pragmáticamente, fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales. El positivismo jurídico actual no alcanza a comprender, que, entre el sistema jurídico y su ambiente social, estén teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos

¹². JUENGER, Friedrich K SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho Internacional Privado *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 52, Nº 1, 2000, págs. 15-48

¹³ MASCAREÑO, Aldo Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria* Localización: Dilemata, ISSN-e 1989-7022, Nº. 13, 2013 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidades y Justicia Global), págs. 45-68

¹⁴ MASCAREÑO, Aldo ob.cit.

como la *lex mercatoria* así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del Derecho no son impermeables¹⁵

Para Francisco López Ruiz el problema central de la *lex mercatoria* no afecta, tanto a su caracterización o no como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático desde el que se pueda legitimar su producción normativa; es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho.¹⁶

Para Feldstein de Cárdenas la *lex mercatoria*, no constituye más que una tentativa de creación de una modalidad jurídica anacional o transnacional que trata de elaborar una ley "a medida" para las transacciones internacionales.¹⁷

5.- La *lex mercatoria* en el C.C.y C

El artículo 1 del C.C.y C, expresa en lo pertinente: "Fuentes y aplicación.... Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho."

Por su parte, el artículo 2651 del C.C.y C. dice: Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a parte del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:...d. los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato..."

El artículo 1 del C.C. y C tiene su antecedente en lo que respecta a los usos y costumbres, en el artículo 17 CC que regulaba de manera autónoma esta cuestión en el mismo sentido que lo hace el .CC.y C. Así, dicha normativa disponía: "*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*". Nuevamente el texto civil y comercial amplía la regulación de esta cuestión al referirse al uso, las costumbres

¹⁵ LOPEZ RUIZ, Francisco El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria* Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, N°. 20, 2010, págs. 67-91

¹⁶ LOPEZ RUIZ, Francisco ob.cit.

¹⁷ -FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. LexisNexis - Abeledo-Perrot Contratos internacionales 1995

pero también a las prácticas, es decir, se alude a tres conceptos, no a dos. Además, el texto civil y comercial alude al supuesto de leyes que se refieran a ellas (a usos, prácticas y costumbres) pero también permite y valora que los propios interesados tengan en cuenta tales usos, prácticas y costumbres, lo que puede acontecer perfectamente en el derecho de los contratos. Por último, se agrega que la relevancia en el campo jurídico de los usos, prácticas y costumbres está condicionada o sujeta a que ellos no sean contrarios a derecho; advertencia que no hacía la legislación derogada.¹⁸

Las diferencias que pueden hacerse en cuanto al artículo 1 y el artículo 2651 es que en el artículo 1 los usos, prácticas y costumbres son fuente con la amplitud que otorga la ubicación que se le ha dado: el título preliminar; en tanto que la referencia que hace el artículo 2651 es de carácter instrumental para los contratos internacionales –a excepción de los contratos de consumo- siendo fuente la ley que habilita a la autonomía de la voluntad.

La pregunta que puede formularse, es si en un contrato internacional en el que no se pactó la aplicación de *usos, prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres o los principios del derecho comercial internacional* es viable la aplicación de *usos, prácticas y costumbres* por vía del artículo 1 C.C.y C. por tratarse de una situación no reglada legalmente.

A la pregunta, entiendo corresponde una respuesta afirmativa, salvo que entendamos que el artículo 1 es solo aplicable al ámbito local, -que refiere a usos, prácticas y costumbres locales- que a pesar de estar ubicado en un título preliminar es modificado por una norma especialmente creada para los contratos internacionales en aplicación del principio de la especialidad.

Se advierte un límite en la aplicación de *usos, prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres o los principios del derecho comercial internacional* para los contratos internacionales ya que requiere que las partes los hayan incorporado al contrato.

Surge de lo que expresa Diego Fernandez Arroyo¹⁹ en su comentario al artículo 2651 que en virtud de la autonomía material las partes pueden diseñar una reglamentación para sus contratos, pudiendo someter sus obligaciones a ciertas cláusulas estándar como las recogidas en los Incoterms publicados por la CCI o directamente sujetarse a un cuerpo de reglas no estatales.

El artículo 2651 se orienta en la no admisión de presunciones en cuanto a la decisión de las partes de someterse a los usos, prácticas, costumbres o principios.

La exclusión de esa presunción y la necesaria expresión en el contrato, dice Fernandez Arroyo que puede plantear una contradicción cuando el derecho aplicable (elegido o no)

¹⁸ C.C.y C Comentado Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores

¹⁹ FERNANDEZ ARROYO, Diego comentario a título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado capítulo 3 parte especial C.C.y C de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper.

sea el de un Estado parte de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos internacionales (que opera en tal supuesto como derecho "interno"), cuyo artículo 9.2 consagra la presunción de aplicabilidad de los usos, que es además "la" norma de DIPr material argentino, al menos en lo que se refiere al contrato de compraventa internacional. Más grave es la contradicción en sí del precepto comentado, que hace depender del pacto de las partes la aplicabilidad de "usos y prácticas comerciales generalmente aceptados."

Conclusiones

La lex mercatoria nos sitúa, una vez más, ante el problema de qué es el derecho

Los artículos 1 y 2651 del C.C.y C. aluden a ámbitos diferentes;

El artículo 1 alude a los usos, prácticas y costumbres como fuente del derecho para un amplia gama de situaciones regladas por el C.C.y C. Se trata de una fuente del derecho para regir una relación jurídica local

El artículo 2651 refiere a la aplicación de *usos, prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres o los principios del derecho comercial internacional* a la relación jurídica internacional, y trata a los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional con indiferencia de su ámbito de producción, local o internacional. Siendo ello así, le otorga a los mismos carácter conflictual.