

COSTUMBRE Y PRÁCTICAS CONTRACTUALES EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS¹

COSTUME E PRÁTICAS CONTRATUAIS NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Jorge Oviedo Albán♦

SUMÁRIO

Introducción.

I. Aspectos generales.

II. Ubicación normativa.

III. Clasificación. 1. Prácticas negociales y usos convencionales. 2. Usos generales.

IV. Requisitos. 1. Las partes tenían o debían haber tenido conocimiento. 2. Ampliamente conocidos y regularmente observados.

V. Funciones.

VI. Prueba.

VII. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS - CLAVE: costumbre. Compraventa internacional. Lex mercatoria.

PALAVRAS-CHAVE: costume. Compra e venda internacional. Lex mercatoria.

¹Artigo recebido em 30 de maio de 2010.

♦Profesor de Derecho Civil y Comercial, Jefe del Área de Derecho Privado y de la Empresa en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Miembro del Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá. Profesor de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jorge.oviedo@unisabana.edu.co. Este trabajo, con algunas adaptaciones, variaciones y adiciones, se ha elaborado a partir de las anotaciones incluidas en OVIEDO ALBÁN, JORGE, Regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, cuya segunda edición se encuentra actualmente en preparación y pertenece a la línea de “Derecho Comercial Internacional” del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad de La Sabana.

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías**Introdução**

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el valor de los usos y costumbres como fuente reguladora de los contratos internacionales. El escenario desde el cual se analiza el tema, es la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que a la fecha se ha convertido en uno de los instrumentos con mayor aceptación e influencia en la modernización del Derecho de las obligaciones², de forma que la experiencia jurisprudencial y la vasta doctrina existente sobre la Convención, sirven para determinar la forma como ha sido asimilada y puesta en práctica una de las fuentes por ella expresamente reconocida, como es la costumbre³.

Paralelamente se harán referencias al tratamiento que los usos y costumbres tienen en los Principios de UNIDROIT, instrumento de soft law, con amplia aceptación en el campo del arbitraje, que se ha consolidado como un instrumento contentivo de las reglas generales aplicables a la contratación internacional, bien sea por pacto expreso entre las partes o, porque los árbitros los entienden como reflejo de la moderna *lex mercatoria*⁴.

El presente trabajo se ha basado en una revisión doctrinal y jurisprudencial y busca exponer de forma sistemática el alcance, requisitos y efectos de la costumbre como fuente directamente aplicable a los contratos internacionales de compraventa.

I. Aspectos generales

Sobra reiterar la importancia que la costumbre ha tenido como fuente del Derecho Comercial, de manera que éste nació de la práctica de los mercaderes; los estatutos de las corporaciones gremiales; de la jurisprudencia de la curia dei mercanti, sin la mediación de la sociedad política⁵. La doctrina no descansa en insistir que esta categoría siempre se ha caracterizado por ser un Derecho consuetudinario, lo que se ha visto parcialmente truncado en la medida en que el legalismo positivista del siglo XIX relegó a la costumbre a un segundo plano, bajo el entendido de tener valor sólo cuando la ley misma se lo reconociera, tal como sucede todavía en normas de algunos códigos que se encuentran vigentes⁶.

Las reglas de Derecho Comercial Internacional, han acudido a la reivindicación de la costumbre como fuente, no sólo por la vía de aceptar que muchas de ellas son de soft law, o derecho no legislado, sino también porque incluso las de hard law como sucede con los tratados, caso de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hacen una referencia expresa y principal a ella, lo que ha sido refrendado por la jurisprudencia, conforme se verá.

En la Convención puede reconocerse un sistema propio de fuentes, a cuya cabeza aparece la autonomía de la voluntad, reconocida en el artículo 6 de la citada Convención tanto en sentido material co-

²Sobre el particular: ZIMMERMANN, REINHARD, *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectives*, Oxford, New York, 2005, págs. 32 a 38. MORALES MORENO, MANUEL, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 146 y 147.

³En adelante se utilizarán las denominaciones “Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”; “Convención sobre compraventa internacional”; “Convención de 1980” o simplemente “La Convención”.

⁴GALGANO, FRANCESCO; MARRELLA, FABRIZIO, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2004, pág. 244.

⁵GALGANO, FRANCESCO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001, pág. 9. BERMAN, HAROLD J., *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, pág. 333.

⁶“En cuanto al derecho consuetudinario, se dejaron subsistir las antiguas costumbres, lo mismo que se había hecho con el antiguo derecho legal; por lo que hace a las nuevas, la cuestión fue debatida por la doctrina: para unos, la costumbre tenía valor únicamente como derecho supletorio de la ley mercantil, incluso en segundo término después de las leyes civiles generales; para los otros, prevalecía por encima incluso de la ley mercantil y de la ley civil general”. REHME, PAUL, *Historia universal del Derecho Mercantil*, traducción de E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág. 194.

mo conflictual, de forma que se permite a las partes determinar el contenido del contrato además de excluirla de manera expresa o tácita, para en su lugar permitir la aplicación de una ley nacional⁷.

De esta forma, las estipulaciones contractuales prevalecen sobre las disposiciones de la Convención (con la excepción contenida en el artículo 12); las costumbres y otras reglas que resultaren aplicables de conformidad con los parámetros señalados en la Convención, salvo que se trate de normas aplicables de carácter imperativo.

Igualmente, cobran un valor principal los usos generados a partir de las prácticas contractuales entre las partes o de prácticas consuetudinarias de aceptación general, conforme lo señalan los artículos 8 y 9 a los que se hará alusión más adelante.

II. Ubicación normativa

Las prácticas contractuales y los usos generales del tráfico están reconocidos en varios artículos de la Convención, aunque sus funciones principales se encuentran en los artículos 9 y 8 (3).

Las normas en comento disponen:

Artículo 8. “(...) 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

El artículo 9 por su parte:

“Artículo 9. 1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o 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”.

En los Principios de UNIDROIT, se reconoce también el valor normativo de los usos y prácticas así:

El artículo 5.1.2, establece que las obligaciones del contrato pueden ser implícitas y éstas pueden derivarse entre otras, de las prácticas establecidas y los usos.

También el artículo 1.9 de los Principios, establece:

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

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

III. Clasificación

De las normas anteriormente mencionadas se puede establecer la siguiente clasificación⁸:

1. Prácticas negociales y usos convencionales

⁷Acerca de la autonomía de la voluntad en la compraventa internacional debe verse CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional, Comares, Granada, 1998, passim.

⁸Como lo señalan GARRO y ZUPPI en las discusiones sobre la redacción de estas normas no hubo unanimidad de criterios sobre el papel que debe cumplir la costumbre GARRO, ALEJANDRO MIGUEL; ZUPPI, ALBERTO LUIS, Compraventa internacional de mercaderías, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pág. 61. La delegación de Checoslovaquia por ejemplo, propuso el reconocimiento de la costumbre, siempre y cuando la misma no fuera

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Las prácticas se refieren a conductas que se han establecido entre las partes y que devienen obligatorias en el contrato⁹. La Convención alude a ellas al expresar en el artículo 8 (3) que a las mismas se acudiría para determinar la intención de las partes y al establecer en el artículo 9 (1) que éstas quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas¹⁰. De la misma forma se entiende en los Principios de UNIDROIT, en las normas arriba referidas.

Los usos y prácticas pueden haberse establecido entre las partes por acuerdo expreso o tácito¹¹. Se trata de una serie o secuencia de conductas previas entre las partes relacionadas, en particular a transacciones realizadas anteriormente, que por ese hecho de la habitualidad se pueden considerar obligatorias para ellas en futuras negociaciones, toda vez que se convierten en una regla común de comportamiento¹².

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de referirse a este tipo de prácticas reconociéndolas como obligatorias. Por ejemplo, el fallo del Tribunal Civil de Basel Stadt (Suiza) de 21 de diciembre de 1992, relativo al valor del silencio ante unas cartas de confirmación como aceptación, donde el tribunal opinó que la carta de confirmación enviada por el vendedor y la posterior falta de reacción por el comprador reflejaba un uso aplicable a la formación de contratos en el sentido previsto en el artículo 9 1) de la Convención¹³.

Es necesario destacar igualmente que la Convención en los artículos 8 y 9 reconoce a los usos una doble función: interpretativa y normativa. Se trata de usos de aplicación interpartes que no trascienden ni obligan a la comunidad negocial. A ellos se refiere el artículo 8 (3), reconociéndoles una función meramente interpretativa y el 9 (1) en una función normativa¹⁴.

contraria a las normas de la Convención. Legislative history. 1980 Vienna Diplomatic Conference G. Report of the First Committee [Outline of committee proceedings] Document A/CONF.97/11 [Original: English 7 April 1980].

⁹SCHLECHTRIEM, PETER; BUTLER, PETRA, UN Law on international sales. The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer, Heidelberg, 2009, pág. 59.

¹⁰HONNOLD, JOHN, Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1987, pág. 170. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 79.

¹¹CARLSEN, ANJA, Remarks on the Manner in which the PECL may be used to Interpret or Supplement Art. 9 CISG, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>. Véase los siguientes fallos: CHINA: China post-1989 CIETAC Arbitration proceedings (Contract #QFD890011), en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html>; AUSTRIA, 21 de marzo de 2000, Oberster Gerichtshof, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>.

¹²Véase los siguientes casos: ALEMANIA, 13 de abril de 2000, Amtsgericht, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html>; AUSTRIA, 6 de febrero de 1996, Oberster Gerichtshof, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. BONELL, M. J., “Art. 9. Usages and practices”, en BIANCA, C.M.; BONELL M. J., Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention, Giuffrè, Milan, 1987, pág. 106. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, Derecho Mercantil Internacional. El Derecho uniforme, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 125. PERALES VISCASILLAS cita como ejemplos de este tipo de prácticas: “La aceptación habitual del aplazamiento en el pago o un determinado descuento por pronto pago; la calidad de las mercancías a entregar; la utilización de un medio determinado de comunicación para efectuar los pedidos; la tolerancia en deficiencias de tipo cuantitativo o cualitativo de las mercancías; la aceptación de una oferta sin comunicación al oferente (art. 18.3 CNUCCIM), etc.”. PERALES VISCASILLAS, La formación del contrato ... cit., pág. 81. Véase: Laudo Arbitral CCI 8611/HV/JK, 23 de enero de 1997, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>.

¹³SUIZA, Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, 21 de diciembre de 1992, en CISG Pace Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921221s1.html>. Véanse los comentarios de PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR, “Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en Revista jurídica del Perú, 13, (1997), págs. 241 a 262.

¹⁴Esta función también es reconocida a las prácticas interpartes en las legislaciones nacionales, por ejemplo, el artículo 1622 del Código Civil colombiano, dispone en los sus incisos segundo y tercero que las cláusulas de un contrato “... podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la

2. Usos generales

El artículo 9 (2) de la Convención se refiere a una categoría diferente a los usos convencionales, mencionados en el artículo 9 (1). La misma observación puede hacerse en relación con el artículo 1.8 (2) de los Principios de UNIDROIT¹⁵.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que estas normas al hacer un llamado a usos que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el comercio internacional en contratos del mismo tipo del tráfico mercantil de que se trate, se están refiriendo a costumbres generales del comercio internacional. Así se expresa tanto el artículo 8 (3) como el 9 (2)¹⁶.

IV. Requisitos

La Convención se refiere en el artículo 9.2 a la costumbre internacional cuya validez no depende de pacto entre las partes, en acuerdos expresos o tácitos, sino de su valor objetivo como tal¹⁷. Lo propio puede afirmarse conforme a lo expresado en el numeral 2 del artículo 1.9 de los Principios de UNIDROIT. Los requisitos que el artículo 9 (2) de la Convención señala son:

1. Las partes tenían o debían haber tenido conocimiento

No se requiere que efectivamente los conozcan, pues su obligatoriedad se deriva de la generalidad de los mismos lo que los diferencia precisamente de los usos particulares o convencionales. En muchos campos del comercio internacional, como son las compraventas marítimas, los seguros, las transacciones financieras, entre otros, se aceptan prácticas o usos que se aplican a tales negocios a pesar del desconocimiento por parte de los comerciantes o de su inclusión en los contratos¹⁸.

Como lo señala CARLSEN, el artículo 9 de la Convención está basado en dos teorías que reflejan el papel de los usos del tráfico en los contratos comerciales¹⁹. La primera, conocida como “teoría subjeti-

aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. En el Derecho norteamericano igualmente se reconoce el valor interpretativo de los procesos de negociación entre las partes, en relación con sus expresiones y actos. Sección 1-205 (1) UCC.

¹⁵JOKELA utiliza la expresión *usages normatifs*, o usos normativos, para referirse a la función que se reconoce a la costumbre o usos del comercio en el art. 9 (2) de la Convención. JOKELA, HEIKKI, “The role of usages in the uniform law on international sales”, en *Scandinavian Studies in Law*, 10, (1966), págs. 81 a 96.

¹⁶También los Principios de UNIDROIT, en el artículo 1.8. Refiriéndose al artículo 9 indican ILLESCAS y PERALES: “Distingue, pues, entre el uso convencional y las prácticas negociales, mientras que el párrafo 2º de la misma disposición se refiere a la costumbre internacional”. ILLESCAS ORTIZ; PERALES VISCASILLAS; *Derecho Mercantil Internacional*, ... cit., pág. 125. Igualmente indican: “Si bien las diferencias entre los institutos regulados por el artículo 9 no son del todo claras, parece que en lo esencial los usos y las prácticas del párrafo 1º poseen una eficacia individual restringida única y exclusivamente a lo que los contratantes hayan acordado o a las conductas habituales entre ellas, mientras que el uso del párrafo 2º es eficaz per se, es decir, su existencia vive desvinculada de una concreta operación comercial ya que son de aplicación general”. ILLESCAS ORTIZ; PERALES VISCASILLAS, ob. cit., págs. 125 a 126.

¹⁷CALVO CARAVACA, ALFONSO – LUIS, “Artículo 9”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez Picazo y Ponce de León (Director y coordinador), Civitas, Madrid, 1998, pág. 138.

¹⁸ESTADOS UNIDOS, *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, [98 CIV 861 (RWS) and 99 Civ 3607 (RWS)] DC (Southern Dist. NY), 10 de mayo de 2002, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>, en el que la Corte estableció que los usos y prácticas de las partes o de la industria, son automáticamente incorporadas en un contrato regido por la Convención a no ser que hayan sido expresamente excluidos por las partes según el artículo 9.

¹⁹CARLSEN, ANJA, *Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9*

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías

va” consiste en que los usos sólo son aplicables cuando las partes han tenido conocimiento de ellos, en consecuencia, si los usos no han sido conocidos por ellas, los mismos no son aplicables. De forma contraria, de acuerdo con la “teoría objetiva”, los usos desconocidos por las partes pueden ser aplicados a ellas. De esta manera el artículo 9 (2) de la Convención significa un compromiso entre las dos teorías en el sentido en que prevalecen los usos de los que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento²⁰.

Debe destacarse el sentido más amplio de la redacción del artículo 1.8 de los Principios de UNIDROIT al indicar que los usos deben ser ampliamente conocidos y regularmente observados en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate. El parámetro objetivo para determinar la existencia de usos del comercio o costumbres, será el que sean regularmente observados por los participantes del tráfico mercantil de que se trate. En esencia, tanto los Principios de UNIDROIT como la Convención se refieren al requisito de la generalidad, atribuida a la costumbre tanto por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como de las diferentes regulaciones nacionales.

Es pertinente mencionar que varios tribunales han reconocido el valor normativo de usos del comercio internacional en el contexto de las operaciones regidas por la Convención sobre compraventa y además, han entendido que los mismos se encuentran materializados en algunos instrumentos como los Principios de UNIDROIT y los términos INCOTERMS. Por ejemplo, en fallo de la Corte de Apelaciones (5° circuito) de los Estados Unidos, se consideró que La Convención incorpora los Incoterms a través del artículo 9.2. El hecho de que sean reconocidos en el comercio internacional, significa que son incorporados a través del artículo 9.2²¹.

De igual forma sucedió con los Principios de UNIDROIT en un laudo dictado por un tribunal ruso que los reconoció como usos incorporados al contrato conforme al artículo 9.2 de la Convención²².

2. Ampliamente conocidos y regularmente observados

Se trata del requisito de publicidad, uniformidad y reiteración indicados en algunas normativas, como por ejemplo el artículo 3 del Código de Comercio colombiano, generalidad requerida no sólo en el tráfico interno, sino relativo a las operaciones de comercio internacional. En cuanto al requisito de ser ampliamente conocidos, no se requiere que lo sean en todas las plazas comerciales, sino que pueden serlo en las operaciones regionales o locales siempre y cuando surjan a partir de operaciones de comercio internacional²³.

CISG, en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu>. Igualmente JOKELA, cit.

²⁰Según afirman GARRO; ZUPPI y CARLSEN en las discusiones los países socialistas y los países en desarrollo se negaron a una aplicación objetiva o irrestricta de los usos, toda vez que consideraron que los mismos se originan en los países industrializados. GARRO; ZUPPI, ob. cit., págs. 61 y 62. CARLSEN, cit.

²¹ESTADOS UNIDOS, BP Oil International, Ltd., and BP Exploration & Oil, Inc., v. Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador et., al., CCA (5th Circuit), [02-20166], 11 de junio de 2003, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>.

Igualmente véase el siguiente fallo: ESTADOS UNIDOS, St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al. DC (Southern Dist., NY) [00 Civ. 934 (SHS)], 26 de marzo de 2002, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>, en el cual la Corte concluyó que el riesgo de pérdida pasa al comprador en el puerto de embarque convenido, en virtud del término CIF. La corte encontró que el Término CIF Incoterms 1990 Cámara de Comercio Internacional regían en virtud del artículo 9.2. de la Convención. La Corte destacó igualmente que las cortes Alemanas aplican los Incoterms como una práctica comercial con fuerza de ley.

²²Laudo arbitral 229/1996, Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional. Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 5 de junio de 1997, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970605r1.html>. En igual sentido el laudo arbitral 9333, 1998, Corte de arbitraje CCI, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/989333i1.html>.

²³Véase más ampliamente el comentario de la autora al igual que las citas y comentarios de doctrina sobre el particular en PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pág. 84. Igualmente ILLESCAS ORTIZ; PERALES VISCASILLAS,

Esto quiere decir, que la aplicación de usos desarrollados o emanados de transacciones en el tráfico doméstico, pueden ser rechazados por irrelevantes para los propósitos del comercio internacional. En principio, solo los usos observados en el comercio internacional, no doméstico, pueden ser fuente con efectos legales para el artículo 9.

No obstante lo anotado, cabe precisar que algunos autores consideran que solamente los usos del tráfico internacional son los que deben ser tenidos como fuente para efectos de este artículo y no los locales²⁴. Sin embargo, otro sector de la doctrina afirma que en algunos supuestos, el uso local también puede resultar aplicable. En este sentido, el uso local podría ser aplicable en algunas circunstancias, requiriendo que esté directamente relacionado con una transacción de comercio internacional²⁵.

Por ejemplo, en el comentario al artículo 1.9 de los Principios de UNIDROIT se dispone: “Sólo excepcionalmente puede un uso de origen meramente local o nacional ser aplicado sin que las partes hayan hecho una referencia al mismo. Así, los usos existentes en el campo de algunas “permuta de géneros” (commodity exchanges), exhibiciones comerciales o puertos podrían aplicarse siempre que también sean regularmente observados en negociaciones con extranjeros. Otra excepción está constituida en el supuesto de un comerciante que ha celebrado un cierto número de contratos del mismo tipo en un país extranjero y por lo tanto debería estar obligado por los usos establecidos en ese país para dichos contratos”²⁶.

Por su parte CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA indican:

“De los trabajos preparatorios se infiere que los delegados de la Conferencia de Viena quisieron excluir la obligatoriedad de los usos locales (...). Pese a ello, se ha apuntado la posibilidad de que un uso local tenga que ser cumplido también por el contratante que carece de establecimiento en el lugar en que esté vigente, si lo conocía o tenía que conocerlo y pertenece al sector de actividad en el que dicho uso es regularmente observado, aun en el comercio internacional”²⁷.

Igualmente HONNOLD:

“¿Un uso debe ser internacional? Esta pregunta puede llevar a confusión, pero la Convención clarifica el problema. Según el artículo 9.2, el uso debe ser aquel que «en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes» en tales transacciones. Un uso que sea de origen local (prácticas locales para el embalaje de compra o yute o las fechas de entrega impuestas por el clima ártico) puede ser aplicable a las transacciones internacionales implicadas en estas situaciones si «es ampliamente conocido y regularmente observado» por las partes”²⁸.

En el mismo sentido el fallo de 9 de noviembre de 1995 del tribunal de apelación de Graz - Austria, “...El tribunal de apelación sostuvo que el artículo 9 2) de la CIM salvo contadas excepciones, no podía interpretarse en el sentido de impedir la aplicación de usos nacionales o locales a la hora de interpretar un contrato. Por tanto, un vendedor que hubiese realizado actividades comerciales en un país durante muchos años y celebrado repetidamente el tipo de contrato que era habitual en el ámbito empresarial en cuestión tenía la obligación de tomar en cuenta los usos nacionales”²⁹.

La conclusión que se comparte, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia se orientan hacia la aceptación de los usos locales para efectos de la aplicación del artículo 9.2 de la Convención, pero con

ob. cit., pág. 128.

²⁴Así por ejemplo FOLSOM, RALPH; GORDON, MICHAEL WALLACE; SPANOGLE, JOHN A., *International business transactions*, West Group, St. Paul Minn, 2000, pág. 62.

²⁵Véase el siguiente fallo: AUSTRIA, Oberster Gerichtshof [Corte Suprema], 21 de marzo de 2000, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>.

²⁶Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado —UNIDROIT—; Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008, pág. 27.

²⁷FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO – LUIS, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 186.

²⁸HONNOLD, ob. cit., pág. 172. En el mismo sentido AUDIT, BERNARD, *La Compraventa Internacional de Mercaderías*, traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1994, págs. 56 a 57.

²⁹AUSTRIA, Oberlandesgericht Graz, 9 de noviembre de 1995, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>.

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías

los matices conceptuales que se han indicado. Esto, por consiguiente, no significa que siempre los usos locales puedan ser tenidos como tales para los efectos de ser aplicados a las situaciones regidas por la Convención, se requerirá, se insiste, que en el comercio internacional estos sean ampliamente reconocidos en los contratos del sector mercantil relevante; que las partes tenían o debían tener conocimiento. Esta última característica puede darse también para los usos locales si las partes los conocían o eran ampliamente conocidos. Según lo expresado en el fallo OLG Frankfurt de 5 de julio de 1995, según el cual “Aunque existe un uso comercial establecida (SIC) por el que se reconoce la falta de respuesta como celebración de contrato en la jurisdicción del destinatario, debido al carácter internacional de la CIM, se debe prestar atención únicamente a los usos comerciales conocidos en la legislación tanto en la jurisdicción del oferente como en la del destinatario (párrafo 2) del artículo 9 de la CIM), además, los efectos jurídicos del uso comercial deben ser conocidos por ambas partes”³⁰.

En cuanto al requisito de que el uso ampliamente conocido es obligatorio salvo que la aplicación de dicho uso no sea razonable³¹, resulta útil traer a colación la explicación y el ejemplo que se incluye en el comentario oficial al artículo 1.9 de los Principios de UNIDROIT sobre tal concepto:

“Un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio, no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable. La falta de razonabilidad de un uso puede corresponder a las circunstancias particulares en las que una o ambas operan y/o a la naturaleza atípica de la operación. En dichos supuestos, el uso no será razonable.

Ejemplo:

5. Conforme a un uso regularmente observado en cierto sector comercial de géneros (commodity trade sector), el comprador no puede reclamar por los defectos de las mercaderías a menos que los mismos sean corroborados por una agencia de inspección reconocida internacionalmente. Cuando un comprador, “A”, se hace cargo de las mercaderías en el puerto de destino, la única agencia de inspección reconocida internacionalmente que opera en dicho puerto se encuentra en huelga, y solicitar los servicios de otra agencia del puerto más cercano resultaría excesivamente costoso. En este supuesto la aplicación del uso en cuestión no sería razonable, por lo que “A” tiene derecho a reclamar los defectos que ha descubierto en las mercaderías aun cuando no hayan sido corroborados por un certificado expedido por una agencia de inspección reconocida internacionalmente”³².

V. Funciones

Las funciones que cumple la costumbre como fuente, dentro del contexto de la Convención, son las siguientes:

Primero, una función interpretativa; de acuerdo con lo estatuido en el artículo 8 (3) al que se hizo referencia, cuando se indica que a los usos —costumbres—, además de las prácticas establecidas entre las partes y el comportamiento ulterior de ellas se debe acudir para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable.

En segundo lugar, una función normativa reconocida en el artículo 9 (2) de la Convención, al igual que en el artículo 1.9 de los Principios de UNIDROIT. Valga señalar, que además de presumirse incorporados al contrato, lo son igualmente a su formación, siendo más amplia esta norma que las de los códigos nacionales.

³⁰ALEMANIA, OLG Frankfurt de 5 de julio de 1995, Oberlandesgericht Frankfurt am Maim, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950705g1.html>. Sobre un análisis de este fallo véase PERALES VISCASIL-LAS, MARÍA DEL PILAR, Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación..., cit.

³¹Durante las conferencias en las cuales se debatió la redacción de la Convención de Viena, se discutió sobre la posibilidad de incluir el término razonabilidad, para los usos. Sin embargo, éste no se incluyó. BOUT, PATRICK X., Trade usages: article 9 of the convention on contracts for the international sale of goods, en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>.

³²Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, ...cit., pág. 27

Nótese cómo hay un efecto coincidente entre los usos y costumbres en la Convención, que es el de servir como instrumentos de interpretación³³.

La importancia de las costumbres en la Convención es tal, que de acuerdo con la doctrina éstas se aplican de preferencia a las disposiciones de la misma y de una manera supletiva de la voluntad de las partes por lo que ellas pueden excluirlas de forma expresa³⁴⁻³⁵. Recuérdese que el artículo 6 ratifica la naturaleza supletiva de la convención. En la jurisprudencia se ha reconocido que prevalecen los usos generales sobre las normas de la Convención³⁶.

Quiere decir lo anterior, que dentro del contexto de la Convención si se reconoce el valor contra legem de los usos y costumbres, dado que al encontrarse con un enfrentamiento de los usos y costumbres y el texto de la Convención, deberán prevalecer los primeros. Sin embargo hay que anotar con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, que la eficacia y validez de dichos usos y costumbres, se ven limitados por las normas de orden público internacional, “en este caso prevalecerá la disposición internacionalmente imperativa del derecho nacional que hubiere sido aplicable de no estar vigente la Convención de Viena”³⁸.

VI. Prueba

La Convención no contiene ninguna disposición relativa a la prueba de los usos y costumbres. De acuerdo con el artículo 4 de la Convención, la cuestión referida deberá resolverse por las normas del Derecho Internacional Privado y podrá acudirse a fallos que los hayan reconocido como tal, a las opiniones de

³³PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.

³⁴PERALES VISCASILLAS, ob. cit. GARRO y ZUPPI relatan la discusión que sobre el particular se gestó entre los delegados encargados de redactar estas normas: “A pesar de que UNCITRAL se caracteriza por el alto nivel técnico - científico de sus miembros, la heterogeneidad política y jurídica de los encargados de redactar las disposiciones de la Convención motivó una gran disparidad de opiniones acerca del rol que deben jugar los usos y prácticas comerciales en la regulación del contrato de compraventa. En general, los delegados de los países industrializados se pronunciaron a favor de la aplicación de los usos comerciales como fuente normativa. Como esos usos y esas prácticas son creados y desarrollados en los grandes centros comerciales de los países industrializados, los delegados de los países en vías de desarrollo y de los países socialistas se mostraron adversos a la aplicación irrestricta de los usos y las prácticas comerciales, calificando dichos usos de instrumentos del neocolonialismo impuestos por el mundo industrializado en cuya evolución no participaron los países del Tercer Mundo. El resultado concreto de esta diferencia de opiniones se puede ver, como en otros puntos neurálgicos de la Convención, en la fórmula de compromiso a la cual se arribó finalmente”. GARRO; ZUPPI, ob. cit., págs. 61 a 62.

³⁵En este sentido puede verse un fallo de la Corte Federal de Distrito de Nueva York en el caso Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc., et al., 201 F. Supp.2d 236 (S.D.N.Y. 2002), 10 de mayo de 2002, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>.

³⁶AUSTRIA, Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 de marzo de 2000, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>. Igualmente AUSTRIA, Oberster Gerichtshof, 19981015, 15 de octubre de 1998, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html>.

³⁷“En todo caso, al igual que los usos convenidos o prácticas seguidas por las partes, también aquí prevalecerán los usos mercantiles objetivamente aplicables sobre las disposiciones de la Convención eventualmente contrarias a ellos (usos contra legem). CALVO CARAVACA, “Artículo 9”, en: La compraventa internacional de mercaderías... cit., pág. 141. En la jurisprudencia así se ha reconocido. Sobre el particular véase el siguiente fallo: ARGENTINA, Bermatex v. Valentín Rius, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, n° 10, 6 de octubre de 1994, en CISG Pace database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941006a1.html>. Se dijo expresamente en el fallo: “[La Convención] ... impone la aplicación de los usos del comercio internacional, a los que asigna una jerarquía superior a la mismas normas de la Convención (art.9)”.

³⁸FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, ob. cit., pág. 599.

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías

opiniones de las cámaras de comercio del lugar o a las recopilaciones de los mismos hechas por instituciones especializadas³⁹.

VII. Conclusiones

Las principales conclusiones establecidas en este trabajo, pueden resumirse de la siguiente forma:

1. En los instrumentos de Derecho Comercial Internacional, se reconoce un orden de fuentes no jerárquico y cerrado, sino abierto, que abre paso a la creatividad de las partes, los intérpretes y jueces o árbitros a la hora de tomar decisiones.
2. En los instrumentos de Derecho Comercial Internacional, se reconoce el valor principal de las prácticas contractuales y la costumbre como fuentes generadoras de reglas de conducta. A partir de esto, se puede afirmar que la costumbre comercial, por lo menos a nivel internacional, transita por una época de reivindicación, tras el nivel secundario al que fue relegado por los códigos decimonónicos.
3. En la jurisprudencial internacional se ha reconocido el valor normativo de la costumbre, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ser de público conocimiento y reiteración. Incluso, se observan fallos a partir de los cuáles la doctrina ha establecido que en los contratos de venta internacional de mercaderías regidos por la Convención de Naciones Unidas de 1980, se puede observar la admisión de la costumbre contra *legem*, de tal manera que en caso de conflicto entre la práctica consuetudinaria y las normas de la Convención, prevalecerá la primera. Esto permite dar solidez a la afirmación hecha en la conclusión anterior consistente en considerar que en el Derecho Comercial Internacional se acude a una reivindicación de la costumbre como fuente principal de este Derecho.
4. La costumbre internacional dentro del contexto de la Convención y los Principios de Unidroit, no necesita ser común a varias plazas para adquirir tal calificación. El carácter internacional puede atribuirse a una práctica que no obstante ser propia sólo de una plaza determinada, sea tal porque se origina a partir de las transacciones de comercio internacional que se desarrollan en la plaza respectiva.

Bibliografía

ADAME GODDARD, JORGE, El contrato de compraventa internacional, Mc. Graw Hill, México, 1994.

ASCARELLI, TULLIO, Iniciación al estudio del Derecho Mercantil, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964.

AUDIT, BERNARD, La compraventa internacional de mercaderías, traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1994.

³⁹Artículo 4: (...) Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

A) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso. (...)."

"Tres son las hipótesis en las que podría plantearse la necesidad de probar la existencia y contenido de tales usos o prácticas. En primer lugar, al margen de todo contencioso: en este caso, no resulta arriesgado aventurar, que la carga de la prueba recaerá sobre la parte que invoque el uso. (...) En segundo lugar, en el curso de un proceso: en este supuesto, deberá seguirse el principio *lex fori regit procesum* (art. 8.2 CC)(...), conforme al cual se determinará la aplicación de oficio o a instancia de parte (...) y podrá eventualmente distinguirse entre el objeto y la carga de la prueba, la admisibilidad de los medios de prueba (acuerdo de las partes, dictámenes o resoluciones de Cámaras de Comercio ...), la fuerza probatoria de los hechos admitidos y el procedimiento probatorio (...). En tercer lugar, en el curso de un procedimiento arbitral: en algunas legislaciones y reglamentos arbitrales se establece que los árbitros deberán tener en cuenta los usos vigentes en los sectores de actividad económica de que estén conociendo (...)."

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, ob. cit., págs. 598 a 599.

- BAINBRIDGE, STEPHEN, “Trade usages in international sales of goods: an analysis of the 1964 and 1980 sales convention”, en *Virgina Journal of International Law*, 24, 1984), págs. 619 a 665.
- BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, 5ª edición, reimpresión, México, 2003.
- BERMAN, HAROLD J., *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- BIANCA, C.M.; BONELL M. J., *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Giuffrè, Milan, 1987.
- BONELL, MICHAEL JOACHIM, *The Unidroit Principles in practice. Caselaw and bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, 2nd edition, New York, 2006.
- BOUT, PATRICK X., Trade usages: article 9 of the convention on contracts for the international sale of goods, en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>.
- BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “Artículo 9”, en *La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la convención de Viena*, Luis Diez Picazo y Ponce de León (Director), Civitas, Madrid, 1998.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO - LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado, V.1, 5ª edición, Comares, Granada, 2004.
- CARLSEN, ANJA, Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 cisg, en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>.
- CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Comares, Granada, 1998.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS (Director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- ENDERLEIN, FRITZ; MASKOW, DIETRICH, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana, New York, 1992.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.
- FOLSOM, RALPH; GORDON, MICHAEL WALLACE; SPANOGLE, JOHN A., *International business transactions*, West Group, St. Paul Minn, 2000.
- GALGANO, FRANCESCO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- GALGANO, FRANCESCO; MARRELLA, FABRIZIO, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2004.
- GARRO, ALEJANDRO MIGUEL; ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990.
- HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, 1987.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Derecho Mercantil Internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003.
- JOKELA, HEIKKI, “The role of usages in the uniform law on internacional sales”, en *Scandinavian Studies in Law* 10, (1966) págs. 81 a 96.
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO, *Principios de Derecho comercial*, 10ª edición, Temis, Bogotá D.C., 2007.
- MAGNUS ULRICH, Remarks on goodth faith, en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>.
- MORALES MORENO, MANUEL, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

Costumbre y Prácticas Contractuales en La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR, “Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en Revista jurídica del Perú, 13, (1997), págs. 241 a 262.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), en CISG Pace database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2004, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado unidroit; Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008.

REHME, PAUL, Historia universal del Derecho Mercantil, traducción de E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

SCHLECHTRIEM, PETER; BUTLER, PETRA, UN Law on international sales. The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer, Heidelberg, 2009.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial, Aranzadi editorial, Elcano Navarra, 2000.

ZIMMERMANN, REINHARD, The new german law of obligations. Historical and comparavite perspectives, Oxford, New York, 2005.