Oponibilidad de la costumbre mercantil local en la Convención de Viena de 1980*[1]

Applicability of local commercial issues in the Vienna Convention 1980

J. Guillermo Salazar Chávez[2]
jorgeg.salazar@urosario.edu.co

RESUMEN

Actualmente el comercio se encuentra ante una homogenización de los mercados, es decir, se presenta una especie de globalización mercantil que va exigiendo la aplicación de una normatividad uniforme en los diferentes mercados del mundo. En este artículo se hizo un breve análisis de la oponibilidad de la costumbre mercantil local en la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la Convención) frente al caso colombiano, para lo cual se hace un estudio entre la Convención y lo estipulado por las costumbres mercantiles locales señaladas por la ley y por las Cámaras de Comercio.

PALABRAS CLAVE: comercio, Convención de Viena, costumbre mercantil, homogenización, oponibilidad.

ABSTRACT

Nowadays the trade thinks before a homogenization of the markets, that is to say that one presents a species of mercantile globalization that is demanding the application of a equal legal normative in different places of commerce. In this article, there is done a brief analysis of the oponibilidad of the mercantile local custom in the Convention of Vienna 1980 opposite to the Colombian case, for which does a study to itself between the Convention and the stipulated for the mercantile local customs distinguished by the Law and by the Chambers of commerce.

KEYWORDS: Trade, Vienna Convention, mercantile custom, homogenization, enforceability.

Fecha de recepción: 2016/09/28 – Fecha de evaluación: 2016/11/17 – Fecha de aprobación: 2016/12/19

* Cómo citar este artículo. Salazar Chávez, J. G. (Enero-Junio de 2017). Oponibilidad de la costumbre mercantil local en la Convención de Viena 1980. *Criterio Jurídico Garantista*, *10*(16), 124-139.

1. Artículo de reflexión producto de la investigación dirigida por el profesor Mgr. Édgar Iván León Robayo, como trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

2. Abogado (2015) y estudiante de la Maestría en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Oponibilidad de la costumbre mercantil local en la Convención de Viena de 1980

J. Guillermo Salazar Chávez

SUMARIO

Introducción – I. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS – II. LA COSTUMBRE MERCANTIL LOCAL EN APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR FACTOR GEOGRÁFICO INDIRECTO – III. LA COSTUMBRE MERCANTIL LOCAL EN APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR FACTOR GEOGRÁFICO DIRECTO – IV. REQUISITO DEL CONTENIDO INTERNACIONAL DE LA COSTUMBRE MERCANTIL LOCAL – V. CONCLUSIONES – Referencias.

Introducción

En el siglo VI a. C., el filósofo Heráclito de Éfeso reflexionó y concluyó que "lo único constante es el cambio" (1956), sintetizando así su idea referente de que el mundo ofrece una realidad sometida a la transformación. Prueba de esto es el desarrollo del comercio, el cual, en consideración a las circunstancias de cada época, se enfrenta al surgimiento de nuevas y distintas necesidades que exhortan a la transformación de su regulación.

En la actualidad, el comercio se encuentra en una nueva etapa de su desarrollo, caracterizada por la homogeneización de los mercados. Esto se debe a que "al existir una igualdad en términos de necesidades y expectativas, se genera a su turno una existencia de consumos estandarizados, demandándose los mismos productos y servicios con idénticas características, siendo lo que se conoce como un mercado global" (Levitt, 1983) desarrollado por el comercio internacional.

Parte de los retos actuales a los que se enfrentan los partícipes del comercio internacional, entendido este como "el intercambio de bienes y servicios que existe entre dos o más naciones al exportar (vender), e importar (comprar)" (Mipymes, 2014) radica en reducir los costos de transacción. Estos "se superponen a los costos de producción de los bienes y servicios, refiriéndose a todos aquellos que implican, dentro de la negociación, el obtener información, y la definición del marco legal, entre otros" (Williamson, 1995, p. 57), elementos necesarios para la consolidación de los negocios.

Una forma de reducir los costos de transacción es a partir de la certeza de las normas jurídicas

que gobernarán la relación comercial, por medio de la aplicación de un derecho uniforme que toma en consideración la actividad mercantil realizada, mas no la nacionalidad de las partes. Este derecho se caracteriza por la "internacionalidad, presente en su origen y campo de aplicación; la uniformidad de las conductas transfronterizas; y el contenido obligacional privado, al regular relación entre particulares" (Illescas y Pareales, 2003, p. 28).

Las normas que conforman este derecho uniforme, expresadas en costumbre mercantil,

> no surgen necesariamente de un texto positivo promulgado por un estado determinado, sino cuando las partes, así como quien asumiría el conocimiento de un litigio, tienen claridad respecto del derecho aplicable, el cual puede encontrarse dentro de la práctica de los mismos comerciantes. (Espinosa, 2003, p. 231).

En síntesis, el derecho uniforme es,

> un esfuerzo universal en pro de la regulación unificada de las obligaciones y del contrato, buscando contar con principios comunes, a partir del uso de instrumentos del derecho internacional público, de que es muestra sobresaliente la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, o CISG por sus iniciales en inglés. (Hinestrosa, 1998, p. 1).

Este derecho tiene como objetivo estructurar un régimen uniforme para los contratos de compraventa internacional, reconociendo en la costumbre mercantil un criterio para su interpretación y fuente de derecho.

Por costumbre mercantil se entiende "el conjunto de prácticas realizadas por los comerciantes de manera uniforme, reiterada y pública, que pueden adquirir la misma autoridad que la ley comercial siempre que no sea contraria a ella" (Gutiérrez, 2009, p. 93), y que se torna vinculante porque "existe al interior de la comunidad donde se aplica una conciencia de obligatoriedad" (Espinosa, 2003, p. 235). Con fundamento en un criterio geográfico respecto a su lugar de origen, la costumbre mercantil se clasificó y se delimitó su campo de acción en:

> Local, observada en sectores económicos específicos o en regiones determinadas; nacional, que tiene aplicación en todo el territorio; extranjera, referida a la costumbre mercantil de otro país; e internacional, que surge de las prácticas de los comerciantes dentro del mercado internacional. (Berdugo y Builes, 2013, p. 137).

Respecto a la costumbre mercantil, la Convención se refiere a ella como usos, a manera de sinónimos, a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico estos vocablos tienen un alcance distinto, "el uso, constituye un elemento de una situación de hecho, particular y por consiguiente debe estimárselo como fuente de derecho en sentido subjetivo, no presentando entonces las características de publicidad y uniformidad que sí tiene la costumbre" (Madriñán, 1997, p. 54). Lo anterior se debe a que, en ordenamientos jurídicos como el español, el uso tiene el alcance de lo que es la costumbre mercantil entre nosotros. Realizada esta aclaración, la Convención acude de manera especial a los usos o costumbres en los siguientes artículos:

> Artículo 8, numeral 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.
>
> Artículo 9, numeral 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Numeral 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.

De la lectura de estos dos artículos se ha entendido que la Convención reconoce en la costumbre mercantil un criterio para su interpretación y una fuente de creación de derecho *inter partes* y *erga omnes*. Al respecto, Oviedo (2008), opina que en

> el artículo 8-3, la costumbre mercantil cumple una función meramente interpretativa, y [en] el 9-1 una función normativa, teniendo efecto entre las partes que no obligan a la comunidad negocial en su conjunto, entre tanto el artículo 9-2 se refiere a costumbres generales del comercio internacional. (p. 66).

En este orden de ideas y reconociendo que la Convención tiene como propósito "agilizar el tráfico de mercancías, indispensable para lograr una apertura de mercados, lo cual requiere para ello estar dotada de seguridad jurídica en sus transacciones" (Oviedo, 2011, p. 173), surge el siguiente interrogante: ¿es aplicable la costumbre mercantil local a actividades de compraventa internacional de mercaderías reguladas por la Convención? máxime, cuando muchas de las actividades del comercio internacional se desarrollan en plazas locales, principalmente en puertos,[3] frente a los cuales se tienen costumbres mercantiles propias.

Para dar respuesta a este interrogante, el presente escrito abordará tres grandes temas. El primero de ellos expondrá los criterios para la aplicación de la Convención por factor geográfico directo y por factor geográfico indirecto. Posteriormente, se estudiarán frente a cada uno de los criterios de aplicación, los argumentos que permiten afirmar la viabilidad jurídica en Colombia de acudir a la costumbre mercantil local en actividades reguladas por la Convención, debido a su naturaleza jurídica (factor geográfico indirecto) y al estándar de conducta de persona razonable (factor geográfico directo). Finalmente, se precisará qué clases de costumbres mercantiles locales regulan aspectos del comercio internacional en razón a su contenido.

I. Metodología

El presente artículo se elaboró empleando la metodología documental y la cualitativa. Según Cortés y García (2003), la investigación documental está basada en conocimientos fundamentados, en

3. De acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane), "para Colombia las exportaciones pasaron de USD 7.244 millones en 1991 a USD 56.954 millones al cierre de 2011, es decir, ocho veces más de lo observado hace dos décadas", lo que evidencia un aumento de este tipo de operaciones dentro de escenarios locales, como por ejemplo en el puerto de Barranquilla que en "enero del 2014 se movilizaron 420,852 toneladas" en operaciones que se enmarcan dentro del comercio exterior (Procolombia, 2012).

este caso la doctrina, la ley y las normas internacionales, que permiten elaborar un marco teórico conceptual que generan ideas para dar respuesta a las preguntas de investigación planteadas, buscando de esta manera un grado de certeza, fiabilidad y objetividad. Según Fraenkel y Wallen (1996), la investigación cualitativa permite conocer el ambiente natural y el contexto, con una recolección de datos que posibilita ir más allá de lo verbal, buscando saber qué piensan los sujetos de la investigación y qué significado tienen acerca del asunto investigado.

II. Criterios para la aplicación de la Convención de Viena 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

El artículo 1.1 de la Convención establece:

> La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: *a)* cuando esos Estados sean Estados contratantes;[4] o *b)* cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante).

Se observa entonces que la Convención contempla dos criterios para su aplicación: un criterio de tipo material referido a la clase de contrato y otro de tipo geográfico en consideración al lugar del establecimiento de las partes.

Respecto al criterio material, la Convención no define qué se entiende por compraventa, pero, partiendo de las obligaciones que establece en cabeza del comprador (artículo 30) y del vendedor (artículo 53) se puede entender que "la compraventa en el sentido de la Convención, comprende a todos los contratos dirigidos a conseguir la entrega de mercaderías y la trasmisión de su propiedad a cambio de un pago" (Vázquez, 2000, p. 56). De ese modo, lo fundamental para identificar si una relación de intercambio está llamada a ser regulada por la Convención radica en determinar si existe un intercambio de propiedad por un precio,[5] salvo las excluidas expresamente por su artículo 2:

> La presente Convención no se aplicará a las compraventas: *a)* de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; *b)* en subastas; *c)* judiciales; *d)* de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; *e)* buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; *f)* de electricidad.

Frente al criterio geográfico se advierte que la internacionalidad de la operación "no está deter-

4. Entendiéndose como Estado contratante aquel que ha suscrito la Convención.

5. Ejemplo de lo anterior es el caso del Tribunal Superior Regional (OLG) de Colonia, sentencia del 26 de agosto 1994, en el cual el demandante era una empresa consultora suiza, la cual elaboró un estudio de mercado para la demandada, una empresa alemana que no le pagó. El tribunal de instancia entendió que no era aplicable a este caso la Convención, en la medida que lo importante del contrato no era la trasmisión de la propiedad de ese soporte material, sino del derecho al uso de las ideas allí plasmadas.

minada por el movimiento transnacional de las mercancías, ni por la nacionalidad de las partes, sino por el lugar de sus establecimientos" (Ferrari, 1995). Aunque la Convención no define el concepto de establecimiento, se ha entendido por la doctrina que es "el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla su actividad" (Galán, 2003, p. 290), por eso, es indiferente para la aplicación de la Convención si la formación y ejecución del contrato tuvieron lugar en un mismo Estado.

Aunque la Convención no define el concepto de establecimiento, se ha entendido por la doctrina que es "el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla su actividad" (Galán, 2003, p. 290).

El citado artículo 1.1 de la Convención, con relación a los establecimientos de las partes, reconoce dos supuestos: a) que estén en Estados diferentes y esos Estados sean contratantes de la Convención (factor geográfico directo); o, b) que uno de los establecimientos de las partes esté en un Estado contratante de la Convención y sea la ley de ese Estado la aplicable en razón a las normas del derecho internacional privado (factor geográfico indirecto).

El factor geográfico directo contenido en el literal *a)* del artículo 1.1 de la Convención, "presenta una característica que a su turno justifica la existencia del literal *b)*, y es que prevé un escenario limitado a la condición de la reciprocidad para hacer aplicable la convención" (Vázquez, 2000, p. 70), en la medida que ambos Estados han de ser contratantes. Por tal motivo, "durante los trabajos preparatorios de la convención, se evidenció que limitar su aplicación a un criterio de reciprocidad, rechazaría el principio de validez universal de los Convenios de La Haya que promulgan por la creación de un derecho uniforme" (Díez-Picazo y Ponce, 1998, p. 61).

La solución a lo anterior se encontró en el derecho internacional relacionado con el conflicto de leyes en el espacio. Cuando las reglas de derecho internacional reconocen competencia a un Estado miembro de la Convención para que sea su derecho interno el que regule una determinada situación, legitima indirectamente la aplicación de la Convención, por formar parte del ordenamiento jurídico de ese Estado en razón a su naturaleza jurídica.

III. La costumbre mercantil local en aplicación de la Convención por factor geográfico indirecto

Como se expuso, el factor geográfico indirecto surge con ocasión de las reglas del derecho internacional privado,[6] que reconoce competencia a un Estado miembro de la Convención para que sea

6. Esto es lo que se conoce como normas de conflicto, las cuales "tienen *grosso modo* por objetivo en caso de discrepancia internacional determinar mediante remisión, en primer término, aquel ordenamiento, entre los distintos en colisión en el caso de que se trate, de acuerdo con cuyas disposiciones materiales dicha disputa ha de ser resuelta; y en segundo lugar fijar la jurisdicción competente para la resolución de la controversia" (Illescas y Pareales, 2003, p. 32).

su derecho interno el que regule una determinada situación, legitimando de ese modo indirectamente la aplicación de la Convención, en razón a la naturaleza jurídica que tiene este tratado.

Con relación a los tratados se puede identificar la existencia de dos clases, en consideración a su función: un tratado-contrato o un tratado-ley. A través de los primeros "los estados crean obligaciones y derechos concretos entre ellos, de modo que una vez cumplidos, pierden su vigencia; y se caracterizan por ser tratados en los que los intereses de las partes son opuestos, existiendo una simple intención contractual" (Espasa-Calpe, 1999, p. 975). Por su parte, el tratado-ley busca crear normas jurídicas internacionales, y en este sentido,

> suple al inexistente del legislador internacional, pues son instrumento mediante los cuales se crean normas jurídicas entre estados, siendo un acuerdo de voluntades concurrente y no opuesto, donde la intención es puramente legislativa, al punto que el tratado entra a formar parte del ordenamiento jurídico de ese estado. (Espasa-Calpe, 1999).

En este orden de ideas, la Convención es un tratado-ley, por ser el instrumento a través del cual los Estados consolidan un derecho uniforme. La Convención se incorpora al sistema jurídico como ley especial y "tiene la aptitud de primar sobre la legislación tanto civil como comercial en lo referente a la compraventa internacional de mercaderías, por cuanto, el respectivo contrato de compraventa tiene un carácter internacional" (Cabrera y Galán, 2001, p. 359).

Respecto al ordenamiento jurídico colombiano se ha reconocido que los tratados internacionales tienen vocación a conformarlo, luego del estudio que realizara la Corte Constitucional de Colombia sobre el sistema de fuentes y el alcance del imperio de la ley, contemplado en el artículo 230 Superior.

> Los jueces en sus providencias están sometidos al ordenamiento jurídico, porque si solo se reconociera la ley en sentido estricto y no amplio, se llegaría al contrasentido de afirmar que los jueces no están sometidos a la Constitución, al de los tratados públicos, al de las ordenanzas, y a las demás fuentes del derecho. (Quinche, 2009, p. 624).

Colombia, al ser un Estado contratante de la Convención,[7] incorporó este instrumento de derecho internacional a su ordenamiento jurídico, lo cual trae como efecto directo que el tratado pueda ser interpretado de manera sistemática, con las otras fuentes de derecho. Esta interpretación busca,

> extraer de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece, en la medida que las normas jurídicas no pueden ser comprendidas por fuera de él, a fin de no tener un significado distinto de las demás y mucho menos ir en contravía. (Anchondo, s. f., p. 41).

Por ende, es jurídicamente dable interpretar el contenido de la Convención a la luz de lo pre-

7. La incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de la Convención suscrita en Viena el 11 de abril de 1980, inició en 1995 cuando el presidente de la República envió el proyecto de ley al Congreso para su consideración, y finalizó en el mes de agosto de 1999 con la expedición de la Ley 518 de 1999.

ceptuado por el Código de Comercio, que regula en su artículo 3[8] que la costumbre mercantil posee un rango igual al de la ley, siempre que no le sea contraria. Pero además, incluye un orden de preferencia en la aplicación de las distintas clases de costumbres mercantiles reconocidas, es decir, la local, la nacional, la internacional y la extranjera.

> ARTÍCULO 3o. AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL - COSTUMBRE LOCAL - COSTUMBRE GENERAL. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior. (CCo., art. 3).

De la redacción del citado artículo se evidencian dos reglas. Alejándonos de cierta parte de la doctrina,[9] se considera que la primera regla se refiere a la relación entre la costumbre mercantil local del lugar de cumplimiento, y la del lugar del surgimiento del contrato, evento en el cual ha de preferirse la primera, como se puede concluir por la utilización de la disyunción alternativa "o", la cual sirve para determinar el orden de preferencia entre dos supuestos (Cuervo, 1994, p. 2). Finalmente, la segunda regla, y que no suscita controversia, es el reconocimiento de la primacía de la costumbre mercantil local sobre la nacional.

Lo anterior se complementa con lo preceptuado por el artículo 7 del Código de Comercio (2015) al referirse a la costumbre mercantil internacional:

> ARTÍCULO 7o. APLICACIÓN DE TRATADOS, CONVENCIONES Y COSTUMBRE INTERNACIONALES. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

8. La Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 1993 declaró exequibles los artículos 2 a 9 del Código de Comercio, al considerar que no son contrarios al artículo 230 de la Constitución Política. "La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153/887, art. 13; C de Co art 3; C de P C art. 189), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. (…) no obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad." (CConst., C-486/1993, E. Cifuentes).

9. Sobre la redacción del artículo 3 del estatuto comercial, parte de la doctrina considera que existe la posibilidad de un choque entre dos costumbres mercantiles locales que pueden ser aplicadas dentro del negocio jurídico, en la medida que este no estableció un orden de preferencia, sino que simplemente se limitó a reconocer estas clases de costumbres mercantiles locales concurrentes. "Lo acertado hubiera sido precisar el alcance territorial de la costumbre local, con fundamento no en dos criterios como hace el código, sino en uno solo, ya sea este el lugar de la celebración del contrato o el del cumplimiento de la prestación, o cualquier otro suficientemente claro y concreto" (Gaviria, 1989, p. 18). Y en el mismo sentido Velásquez (2008, p. 90).

El concepto de persona razonable se lo puede asimilar con el del buen hombre de negocios, en la medida que son criterios que permiten establecer una regla de conducta objetiva en el derecho comercial.

De la lectura de los citados artículos se desprende que en materia de derecho comercial colombiano existe una regla para la aplicación de la costumbre mercantil, toda vez que se acude primero a la costumbre mercantil local del lugar de cumplimiento, y a falta de esta a la del lugar de celebración del contrato; en caso de no encontrar regulación, se acudirá a la costumbre mercantil nacional (artículo 3), y en última instancia, es decir, frente a cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a la regla precedente, a la costumbre mercantil internacional (artículo 7).

Respecto a la costumbre mercantil extranjera, el Código no establece una regla para su aplicación, ni le reconoce capacidad para ser aplicada en Colombia, por considerar que sería una violación a la soberanía nacional si se admite una fuente de derecho extranjero (Gaviria, 1989; Madriñán de la Torre, 1990).

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar con fundamento en una interpretación sistemática que el orden de aplicación de la costumbre mercantil reconocido en el Código de Comercio es aplicable a la Convención. De ese modo, se acude primero a la costumbre mercantil local en sus dos acepciones: la del lugar de cumplimiento o la del lugar de celebración del contrato, siempre que estas no se consideren costumbres mercantiles extranjeras.

Ejemplo de lo anterior se da cuando el contrato se ejecuta en Colombia pero se celebró en el extranjero; la costumbre mercantil local del lugar de celebración será costumbre extranjera, no pudiendo ser aplicable aun a falta de costumbre mercantil local en el lugar de ejecución, evento en el cual se acudirá a la costumbre nacional y subsidiariamente a la internacional. Así mismo, si el contrato se celebró en Colombia y se ejecuta en el extranjero, siendo el derecho nacional el competente para pronunciarse, la costumbre mercantil local será la del lugar de celebración.

IV. La costumbre mercantil local en aplicación de la Convención por factor geográfico directo

El factor geográfico directo se presenta cuando los Estados donde las partes tienen sus establecimientos son Estados contratantes de la Convención. Recordemos que las partes se encuentran

vinculadas por medio de un contrato que tiene como objeto la compraventa internacional de mercaderías, medio jurídico a través del cual reglan su conducta. La Convención se refiere a la forma de interpretar el contrato especialmente en el artículo 8:

> Artículo 8. 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 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.

En primer lugar, se exhorta al intérprete a acudir a "un criterio subjetivo, es decir, la voluntad de las partes, y en caso de perdurar la ambigüedad, acudir a un criterio objetivo, que en este caso se evidencia al emplearse un estándar de conducta, como el de la razonabilidad" (Diez-Picazo y Ponce, 1998, p. 121).

El criterio objetivo reconoce que "los contratos se deben interpretar en el sentido que le daría una persona razonable en las mismas circunstancias, teniendo en cuenta las prácticas establecidas entre las partes, así como los usos" (Araújo, 2003, p. 267). Por eso, el concepto indeterminado de persona razonable no es estático y único, sino que depende de las circunstancias, "debiendo atribuirse los conocimientos y las habilidades que sean comunes entre las personas que se dediquen a las mismas actividades, que en nuestro caso es el modelo de conocimientos y habilidades del operador medio del comercio internacional" (Vázquez, 2000, p. 98).

El concepto de persona razonable se lo puede asimilar con el del buen hombre de negocios, en la medida que son criterios que permiten establecer una regla de conducta objetiva en el derecho comercial. Estos dos términos, "llevan implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias" (Superintendencia Sociedades, 2008) que le permitan tener suficiente información del negocio que adelanta, como lo es el identificar las especiales características del mercado y los lugares donde adelanta su actividad.

Lo anterior se puede evidenciar en la Convención, que reconoce la existencia de costumbres mercantiles frente a las cuales las partes tenían o debían conocer, lo cual, si se lee bajo una interpretación sistemática y en conjunto con el artículo 9 de la Convención, son aquellas que una persona razonable conocería:

> Artículo 9, numeral 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 esta vía, la costumbre mercantil local también resulta aplicable a actividades de comercio inter-

nacional, dado que se encuentra directamente relacionada a una de ellas, porque como ya se expuso, una de las características propias del derecho uniforme es su carácter internacional.[10] En otras palabras, si bien el origen de la costumbre mercantil puede ser local, si de su contenido se desprende que regula un aspecto propio del comercio internacional, las partes se encuentran exhortadas a conocerla con fundamento en la pauta de conducta que establece la noción de persona razonable.

Sin embargo, como se expuso, el criterio de razonabilidad debe tomarse en consideración a las circunstancias propias de cada negocio, siendo factible a manera excepcional que se acuda a la costumbre mercantil local, incluso sin que esta tenga como objeto la regulación de una actividad de comercio internacional. Así lo expuso 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 convención, 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 locales. (Citado en Oviedo, 2008, p. 65).

Ahora bien, más allá de identificar que las partes tenían o debían conocer la costumbre mercantil local del lugar donde han realizado su actividad de comercio, resulta necesario recalcar el hecho que también podían acceder a esa información, lo que subraya el hecho que desconocerla es ir en contravía del criterio de persona razonable que trata la Convención.

En Colombia, por ejemplo, el Código de Comercio asignó a las Cámaras de Comercio la función de "recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas" (art. 86), buscando dotar de seguridad jurídica a una fuente consuetudinaria y, ante todo, servir como medio de prueba y de publicidad de cara a los agentes del comercio.

V. Requisito del contenido internacional de la costumbre mercantil local

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, se considera que no todas las costumbres mercantiles locales son aplicables a operaciones de comercio internacional reguladas por la Convención, sino únicamente aquellas de contenido internacional. Esto porque, como vimos, las normas de derecho uniforme se caracterizan por su internacionalidad y la búsqueda de regulación de las conductas transfronterizas.

En el derecho norteamericano, en donde también se acepta la referida clasificación territo-

10. En la parte introductoria de este escrito se mencionó que existen tres grandes características del derecho uniforme, la primera de ellas "la internacionalidad, presente en su origen al surgir de la iniciativa de varios estados, y en su campo de aplicación" (Illescas y Pareales, 2003).

rial,[11] se reconoce una costumbre que es general al comercio y que no tiene en consideración un lugar geográfico en particular para su aplicación, sino un negocio en específico:

> Un uso comercial es la costumbre predominante y aceptada dentro de un particular comercio o industria, y que no está vinculada a una ubicación geográfica. La ley supone que los comerciantes son conscientes del uso en su comercio. Los suplementos de uso comercial, califican e imparten un significado particular a los términos de un acuerdo a los efectos de su interpretación.[12] (Lehman, 2005, p. 816). [Traducción libre del autor].

La postura norteamericana responde mejor a las necesidades actuales del comercio internacional, porque limitar la aplicación de la costumbre al lugar de origen obedece a un elemento de forma más que de esencia, y que significaría recaer en los elementos formalistas que busca superar el derecho mercantil.

Ese contenido internacional en la costumbre mercantil local se puede identificar a partir del análisis de la actividad que esta regula, al igual que en el derecho norteamericano, la cual nos permitirá determinar qué tan ligada está esa actividad en específico al desarrollo de la compraventa internacional de mercaderías. Naturalmente lo aquí afirmado ha de ir de la mano de la sana lógica y de las máximas de las experiencias que permitirán al operador jurídico determinar el referido contenido internacional.

No todas las costumbres mercantiles locales son aplicables a operaciones de comercio internacional reguladas por la Convención, sino únicamente aquellas de contenido internacional. Esto porque, como vimos, las normas de derecho uniforme se caracterizan por su internacionalidad y la búsqueda de regulación de las conductas transfronterizas.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en las costumbres mercantiles certificadas por la Cámara

11. "The law has developed different forms of usage. Local usage refers to a practice or method or dealing regularly observed in a particular place. Under certain circumstance it may be considered by a court when interpreting a document. General usage is a practice that prevails generally throughout the country, or is followed generally by a given profession or trade, and is not local in its nature or observance." (Lehman, 2005, p. 816).

    El derecho ha desarrollado diferentes formas de usos. Usos locales referidos a prácticas, o métodos o tratamiento regularmente observado en el caso particular. Bajo ciertas circunstancias, esto debería ser considerado por una Corte cuando interpreta un documento. Usos generales es una práctica que prevalece generalmente a través del país, o es observada generalmente por un grupo profesional, y no es local en su naturaleza y acatamiento. (Lehman, 2005, p. 816). (Traducción libre del autor).

12. "A trade usage is the prevailing and accepted custom within a particular trade or industry and is not tied to a geographic location. The law assumes that merchants are aware of the usage of their trade. Trade usage supplements, qualifies and imparts particular meaning to the terms of an agreement for the purpose of their interpretation." (Lehman, 2005, p. 816).

de Comercio de Barranquilla (Colombia), que en tema de transporte de carga marítimo ha certificado que las agencias marítimas tienen derecho a una comisión por conseguir carga para ser transportada por un buque, o que es costumbre que los agentes marítimos consideren que el tiempo de plancha comienza en las horas de la tarde si el aviso de disponibilidad o carta de alistamiento se da antes de las doce horas meridiano (Resolución de 8 de agosto de 2007).

Pero lo dicho hasta aquí no solo se evidencia en puertos marítimos como Barranquilla, sino también en ciudades ubicadas al interior del país. Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Bogotá, con relación a los Inconterms (International Commercial Terms) EXW, FAS, FCA, FOB, CPT, CFR, CIP, CIF, DAT, DAP, DDP, aclara que se refiere al término descrito por la Cámara de Comercio internacional vigente al momento que se suscribió el contrato.

Lo anterior demuestra, entonces, cómo existen costumbres geográficamente locales pero internacionales por su contenido, porque las plazas donde surgieron son puntos de desarrollo del comercio internacional, es decir, que nacen a propósito de transacciones internacionales que en ese lugar se celebran, pudiendo y debiendo ser aplicadas a actividades reguladas por la Convención.

VI. Conclusiones

Actualmente el comercio se encuentra en una nueva etapa de desarrollo, caracterizada por la homogeneización de los mercados, al existir una estandarización de la demanda y de la oferta de bienes y servicios en los mercados individualmente considerados, que trae consigo un fortalecimiento del comercio internacional y la consolidación de un mercado global.

Con el fin de reducir los costos de transacción que deben asumir los agentes económicos partícipes en el comercio internacional, se ha consolidado un derecho uniforme que proporcione certeza del marco legal aplicable, al permitir superar las variaciones propias de los derechos nacionales.

El derecho uniforme se compone, principalmente, de i) los tratados-ley que suplen la inexistencia del legislador universal, y ii) de la costumbre mercantil, la cual proporciona un criterio de interpretación y es fuente de derecho. Ejemplo de esto es la Convención, un tratado-ley que acude a la costumbre mercantil para interpretar su contenido y crear obligaciones.

El Código de Comercio colombiano establece un sistema para la aplicación de las distintas clases de costumbres mercantiles. Se debe acudir, así, primero a la costumbre mercantil local del lugar de ejecución del contrato, y a falta de esta a la del lugar de celebración, posteriormente a la costumbre mercantil nacional y, por último, a la costumbre mercantil internacional. En todo caso, la costumbre mercantil extranjera no será aplicable en Colombia por no ser un derecho interno.

Cuando la Convención es aplicable por factor geográfico indirecto en Colombia, se debe acudir a la regla de aplicación de la costumbre mercantil del Código de Comercio, en razón a

una interpretación sistemática. Por tal motivo, la costumbre mercantil local del lugar de ejecución o de celebración del contrato tendrá preferencia sobre las demás, siempre que esta no sea, en el caso concreto, costumbre mercantil extranjera.

La Convención reconoce que las partes se encuentran obligadas por los usos que debían o podían conocer, lo cual es completado por el estándar de persona razonable reconocido en la Convención, que exhorta al comerciante a conocer las características propias del lugar donde adelanta su actividad, como por ejemplo las costumbres mercantiles locales, máxime cuando en Colombia las Cámaras de Comercio facilitan su conocimiento. Deber que es aplicable en los eventos regulados por la Convención, en aplicación por factor geográfico directo.

Sin reserva de su origen local, la costumbre mercantil local de contenido internacional es aplicable a operaciones de comercio internacional reguladas por la Convención. Dependerá de cada caso concreto y del estudio de la costumbre mercantil local determinar su contenido.

Referencias

Anchondo Paredes, V. (s. f.). Métodos de interpretación jurídica. Recuperado de: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf

Araújo, R. (2003). Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Berdugo, J. y Builes, S. (2013). *Derecho mercantil*. Medellín: Universidad de Medellín.

Cabrera, M. y Galán, D. (Junio, 2001). Comentarios a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Universitas*, 101.

Cámara de Comercio de Barranquilla. (2007). Costumbre mercantil. Resolución 8 de agosto. Barranquilla: Autor.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2016). Listado de costumbres mercantiles. Recuperado de: http://www.ccb.org.co/Investigaciones-Bogota-y-Region/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 1993 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; octubre 28 de 1993. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm

Legis. (2015). *Código de Comercio*. Bogotá: Autor.

Cortés, G. y García, S. (2003). *Investigación documental*. México: Escue-la Nacional de Biblioteconomía y Archivonomía.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI]. (2011). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Viena: ONU.

Cuervo, R. (1994). *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana* (t. 7). Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.

Madriñán de la Torre, M. (1990). *Principios de derecho comercial.* (Cuarta Ed.). Bogotá: Temis.

Díez-Picazo, L. y Ponce, L. (1998). *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena.* Madrid: Civitas.

Espasa-Calpe. (1999). *Diccionario ilustrado Espasa.* Madrid: Espasa Calpe S. A.

Espinosa, C. (2003). Del uso convencional a la costumbre mercantil en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980.* Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Ferrari, F. (1995). Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing. Recuperado de: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html.

Fraenkel, J. y Wallen, N. (1996). *How to design and evaluate research in education* (3rd. Edition). New York: McGraw-Hill.

Galán, R. (2003). El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Gaviria, E. (1989). *Lecciones de derecho comercial* (Tercera Ed.). Bogotá: Jurídica Dike.

Gutiérrez, A. (2009). Costumbre mercantil: una visión institucional. En *Ensayos sobre costumbre mercantil.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Heráclito. (1956). *Heráclito, fragmentos.* Buenos Aires: Raúl Gustavo Aguirre Editores.

Hinestrosa, F. (1998). *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Illescas, O. y Pareales, P. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme.* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A.

Lehman, J. (2005). *West's Encyclopedia of American Law.* (2a edition). United States: Shirelle Phelps.

Levitt, T. (1983). The Globalization of Markets. *Harvard Business Review.* Recuperado de: https://hbr.org/1983/05/the-globalization-of-markets.

Madriñán de la Torre, R. (1997). *Principios de derecho comercial.* (Segunda Ed.). Bogotá: Temis.

Mipymes. (2014). Comercio internacional. Recuperado de: http://www.mipymes.gov.co/publicaciones.php?id=3300.

Oviedo, J. (2008). *Derecho comercial en el siglo XXI.* Bogotá: Temis.

Oviedo, J. (2011). Anotaciones sobre los antecedentes de la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. En *Compraventa internacional de mercaderías.* Colección Seminarios 15. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Procolombia. (2012). Sector del comercio exterior colombiano: 20 años impulsando el desarrollo del país. Recuperado de: http://www.procolombia.co/noticias/sector-del-comercio-

exterior-colombiano-20-anos-impulsando-el-desarrollo-del-colombia.

Quinche, M. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. (Tercera Ed.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Superintendencia Sociedades. (2008). *Circular Externa 100-006*. Bogotá: Autor.

Vázquez, T. (2000). *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*. Elcano: Aranzadi.

Velásquez, C. (2008). *Instituciones de derecho comercial* (Quinta Ed.). Medellín: Señal.

Williamson, O. (1995). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica.