



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

CAFAGGI, FABRIZIO

Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva

Revista de Derecho Privado, núm. 45, 2023, Julio-Diciembre, pp. 209-240

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.08>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417575468008>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva

» FABRIZIO CAFAGGI* -**

RESUMEN. El artículo examina el papel de la costumbre y los usos comerciales en el derecho mercantil transnacional. Distingue entre normas estatales y de la comunidad. La validez de las primeras se basa en el cumplimiento de los procedimientos; la de las segundas, en la eficacia de la norma. Además, aborda el carácter alternativo o complementario de la costumbre y el derecho desde una perspectiva histórica. Salvo algunas excepciones, la costumbre y el derecho son complementarios y han coevolucionado a lo largo del tiempo. La coevolución ha operado a través de diferentes mecanismos: la cooperación y la elección. Se examinan los puntos fuertes

* Fecha de recepción: 21 de octubre de 2022. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.
Para citar el artículo: Cafaggi, F., “Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva”, F. Mendoza Holguín (trad.), *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 45, julio-diciembre 2023, 209-240, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.08>.

Versión original: “Custom and Law in Transnational Commercial Contracts: A Coevolutionary Perspective”, en *Transnational Commercial Law Review*, n.º 2, 2022, 1-33, disponible en: <https://www.qmul.ac.uk/unidroit-itcl/tclr/tclr-issue-2/> Traducción de F. Mendoza Holguín. El artículo conserva el sistema de citación de la versión original.

Este artículo fue presentado por primera vez en el Encuentro de Profesores de Derecho Mercantil Transnacional, “When is Commercial Custom Law? The Dialogue between Commercial Practice and The Law”, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Comercial (QMUL) y presentada por Morgan, Lewis & Bockius LLP (Londres, 12-13 de septiembre de 2019). Agradezco los comentarios de los participantes en la conferencia y los realizados a un borrador posterior por Miriam Goldby y Andromachi Georgosouli. También agradezco a Andrea Miglionico por su asistencia editorial. La responsabilidad es exclusivamente mía.

** Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli (LUISS), Roma, Italia; profesor, Universidad de Pisa, Pisa, Italia; doctor en Derecho Privado. Contacto: fabrizio.cafaggi@eui.eu ORCID: 0000-0001-7306-5292.

y débiles de los dos instrumentos que han permitido nutrir el derecho con normas consuetudinarias.

PALABRAS CLAVE: contratos comerciales, costumbre, usos comerciales, *lex mercatoria*, regulación privada transnacional.

Custom and Law in Transnational Commercial Contracts: A Coevolutionary Perspective

ABSTRACT. The article examines the role of custom and trade usages in transnational commercial law. It distinguishes between state and communities-based rules. The validity of the former is grounded on procedural compliance, the validity of the latter on the effectiveness of the rule. It addresses the alternative or complementary nature of custom and law, accounting for the historical perspective. But for a few exceptions, custom and law are complementary and have co-evolved over time. Co-evolution has operated through different mechanisms: cooperation and choice. The analysis examines strengths and weaknesses of the two families of instruments that have permitted to feed law with customary rules.

KEYWORDS: commercial contracts, custom, trade usages, *lex mercatoria*, transnational private regulation.

SUMARIO. Introducción. I. El marco institucional de la cooperación regulatoria internacional en el derecho mercantil. II. Normas consuetudinarias en el derecho mercantil transnacional. III. La costumbre comercial transnacional y el derecho mercantil: ¿alternativas o complementos? IV. Algunas características distintivas de las normas consuetudinarias. V. Derecho mercantil transnacional y costumbre: el patrón coevolutivo contemporáneo. VI. Normas imperativas, supletorias y la costumbre. VII. Coevolución por elección. Regímenes de entrada y salida en contratos mercantiles transnacionales. VIII. *Opt-in* de normas consuetudinarias específicas: distinción entre derecho mercantil transnacional duro y blando. Conclusiones.

Introducción

Este artículo examina el papel de la costumbre y los usos comerciales en el derecho mercantil transnacional. Distingue entre normas estatales y comunitarias. La validez de las primeras se fundamenta en el cumplimiento procesal y la de las segundas en la eficacia de la norma. Esas normas se vuelven vinculantes solamente cuando la comunidad mercantil las aplica.

Este artículo aborda el carácter alternativo o complementario de la costumbre y del derecho considerando la perspectiva histórica. Salvo contadas excepciones, la costumbre y el derecho son complementarios y han coevolucionado a lo largo del

tiempo. La coevolución ha operado a través de diferentes mecanismos: cooperación y elección. Las organizaciones intergubernamentales y las instituciones privadas colaboran de diversas formas para coordinar la producción del derecho mercantil. Un segundo mecanismo de coevolución es la elección de las partes contractuales privadas. Las partes pueden, individual o colectivamente, entrar y salir de los regímenes jurídicos y consuetudinarios, tomando decisiones y señalando sus preferencias a los redactores. La distinción entre *opt-ins* (adoptar) y *opt-outs* (no adoptar) individuales y colectivos se introduce para sugerir que pueden producirse diferencias cuando los *opt-outs* colectivos son decididos por organizaciones comerciales o instituciones privadas.

Este análisis sostiene que surgen diferentes formas de complementariedad dependiendo de si el derecho es duro o blando (*hard/soft law*). El giro hacia el derecho mercantil transnacional blando por parte de las organizaciones intergubernamentales no sustituye el derecho consuetudinario, sino que consagra una forma de complementariedad en la que es necesaria la flexibilidad y la rápida adaptación a los cambios socioeconómicos y tecnológicos.

No es solo la distinción entre derecho duro y blando lo que afecta la coevolución con la costumbre, sino también entre normas supletorias e imperativas. En los contratos mercantiles, el derecho consuetudinario contribuye a la reducción de la rigidez de las normas supletorias cuando existen *opt-outs* colectivos en lugar de individuales¹. Los *opt-outs* colectivos en los usos comerciales y las normas consuetudinarias reducen los costos de transacción y facilitan la coevolución. La coevolución no es solo la representación más precisa de la relación actual y pasada entre el derecho y la costumbre en los contratos mercantiles; es también un marco normativamente deseable que debe promoverse aumentando el alcance de la cooperación institucional y estableciendo mecanismos de elección para las partes contratantes.

Este artículo procede como sigue: la sección I define el marco institucional de la cooperación regulatoria en los contratos mercantiles transnacionales. La sección II identifica las características distintivas de la costumbre y el derecho. La sección III examina la naturaleza de la relación entre la costumbre y el derecho. La sección IV proporciona una breve descripción histórica de la evolución. La sección V analiza el patrón contemporáneo de coevolución a la luz del papel cada vez más importante del derecho mercantil transnacional blando. La Sección VI introduce la distinción entre normas imperativas y supletorias para analizar los mecanismos de elección de las partes. La sección VII considera los mecanismos de entrada y salida individuales y colectivos. Luego se exponen las conclusiones.

1 Ben-Shaar, O. y Pottow, J. A. E., "On the Stickiness of Default Rules", *Florida State University Law Review*, 33(3), 2006, 651-652. Véase también Korobkin, R., "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", *Cornell Law Review*, 83(3), 1998, 608.

I. El marco institucional de la cooperación regulatoria internacional en el derecho mercantil

El derecho mercantil transnacional abarca varias áreas, desde la quiebra hasta el derecho de inversiones, pasando por la competencia y los derechos de propiedad intelectual². Esta contribución se centra en el papel de la costumbre en los contratos mercantiles transnacionales. El análisis se basa en las funciones modificadas del derecho contractual mercantil transnacional y su evolución en las comunidades de Estados, representadas en las organizaciones internacionales (OI), y en las comunidades empresariales.

Los instrumentos convencionales de regulación estatal, basados esencialmente en el conjunto de herramientas del derecho administrativo, solo pueden utilizarse parcialmente para regular el comercio a nivel transnacional. La regulación administrativa requiere cooperación internacional. Cuando la cooperación internacional falla o falta no se puede implementar una regulación administrativa efectiva³. La ausencia de reguladores internacionales efectivos y las debilidades de la cooperación de los Estados dentro de las OI han contribuido cada vez más a la proliferación de la regulación privada transnacional, cuya implementación se basa en el uso de contratos mercantiles dentro de las cadenas de valor globales⁴. Los contratos mercantiles transnacionales, a diferencia de la regulación administrativa, no necesitan una cooperación regulatoria estatal altamente efectiva y pueden implementar varias formas de estándares privados transnacionales para garantizar su consistencia y eficacia⁵. Esto no quiere decir que la cooperación regulatoria internacional no desempeñe ningún papel en la evolución del derecho mercantil transnacional⁶.

Los contratos mercantiles transnacionales han evolucionado a finales del siglo XX. La distinción entre derecho mercantil y regulatorio sigue siendo dominante a nivel nacional, mientras que a nivel transnacional se ha producido una hibridación⁷. Los contratos mercantiles transnacionales dentro de las cadenas de suministro globales

2 Goode, R.; Kronke, H. y McKendrick, E., *Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 25.

3 Hoekman, B. y Sabel, Ch. F., "In a World of Value Chains: What Space for Regulatory Coherence and Cooperation in Trade Agreements?", en Kingsbury, B.; Malone, D. M.; Mertenskötter, P.; Stewart, R. B.; Streinz, T. y Sunami, A. (eds.), *Megaregulation Contested. Global Economic Ordering After TPP*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 217-218.

4 Cafaggi, F. y Imiceli, P., "Regulating Contracting in Global Value Chains. Institutional Alternatives and their Implications for Transnational Contract Law", *European Review of Contract Law*, 16(1), 2020, 44-45.

5 Cafaggi, F., "The New Foundations of Transnational Private Regulation", *Journal of Law and Society*, 38(1), 2011, 20-21.

6 Véase el texto a continuación y la nota 10.

7 Cafaggi, F., "The Many Features of Transnational Private Rule-Making: Unexplored Relationships between Custom, Jura Mercatorum and Global Private Regulation", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 36(4), 2015, 877, 913.

han desempeñado cada vez más una función reguladora, incorporando no solo estándares de calidad y seguridad, sino también estándares ambientales y sociales y, más ampliamente, estándares de sostenibilidad⁸.

La regulación privada transnacional en el campo de los contratos mercantiles complementa y suplementa a las organizaciones internacionales, pero no las reemplaza⁹. Existen formas de cooperación regulatoria internacional entre las OI y entre las OI y las organizaciones privadas destinadas a aumentar la implementación del derecho mercantil transnacional¹⁰. La cooperación institucional en los contratos mercantiles transnacionales se traduce en la producción de directrices comunes, en la redacción colaborativa de cláusulas modelo y contratos modelo, y en la aprobación y el reconocimiento de la relevancia mutua de los instrumentos de unos y otros¹¹. Estas formas de cooperación afectan la relación sustantiva entre el derecho y la costumbre a nivel transnacional.

El papel de los Estados en la producción del derecho internacional ha cambiado, pero la importancia de las instituciones jurídicas locales para el desarrollo de la costumbre mundial sigue siendo importante. La tesis desarrollada en este artículo es que existe una fuerte complementariedad entre las normas de las comunidades, que se basan en usos y prácticas, y las instituciones jurídicas, locales y globales¹². Tal complementariedad es una expresión del pluralismo legal global¹³.

Para este análisis, se sostiene que las normas consuetudinarias en el derecho contractual mercantil transnacional se originan en las comunidades de empresarios (comerciantes) a través de procesos que pueden ser espontáneos u organizados¹⁴. Las comunidades poseen y ejercen un poder normativo autónomo que no les ha sido conferido por el Estado¹⁵. El fundamento de ese poder está en la autonomía de las

8 Saidov, D., "Standards and Conformity of Goods in Sales Law", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2017(1), 2017, 65.

9 Cafaggi, F., "The Many Features of Transnational Private Rule-Making", cit., 913.

10 OCDE, "International Regulatory Co-operation - Transforming Rulemaking To Meet the Global Challenges of the 21st Century", Resumen de Políticas, abril de 2020, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/international-regulatory-cooperation-policy-brief-2020.pdf>

11 *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts* [Guía Jurídica sobre Instrumentos Uniformes en el Ámbito de los Contratos Comerciales Internacionales], desarrollada conjuntamente con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2021), disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>

12 Cafaggi, F., "The Many Features of Transnational Private Rule-Making", cit., 913.

13 Grossi, P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, cap. 1.

14 Greif, A., "Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System", *Chicago Journal of International Law*, 5(1), 2004, 109, 110.

15 Sobre los orígenes del poder normativo y la noción de orden jurídico, véase Romano, S., *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Spoerri, 1918. Una perspectiva diferente se desarrolla en Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, *Rules and Order*, London, Routledge y Kegan Paul, 1973; Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, *The Political Order of a Free People*, London, Routledge y Kegan Paul, 1979.

comunidades respecto del Estado¹⁶. La autonomía no coincide con la ausencia de Estado¹⁷.

Dentro del derecho mercantil consuetudinario se incluyen tanto las costumbres no escritas como las codificadas, producto de organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuyo objetivo es recopilar, consolidar y codificar las prácticas mercantiles existentes. Los ejemplos paradigmáticos de usos codificados son las Costumbres y Prácticas Uniformes para los Créditos Documentarios (UCP 600) y los Incoterms de la CCI, pero existe un número creciente de ellos producidos por asociaciones específicas de cada sector y cadenas de suministro globales¹⁸. La mayoría de los usos codificados tienen por objeto complementar los instrumentos jurídicos. En algunos casos, sin embargo, están diseñados y concebidos como instrumentos autónomos de gobierno del comercio.

II. Normas consuetudinarias en el derecho mercantil transnacional

Para que exista una norma consuetudinaria tiene que haber una combinación de *usus* y *opinio juris sive necessitatis*¹⁹. *Usus* es una práctica que encapsula el comportamiento en la norma consuetudinaria. Tiene que representar un patrón de comportamiento estable dentro de la comunidad relevante. Además, según la perspectiva convencional, tiene que haber una creencia normativa de que el comportamiento de los miembros de la comunidad relevante es lo que se espera de las partes. Es decir, se espera que los miembros de la comunidad cumplan con ese comportamiento, a menos que opten por no hacerlo (*opt out*)²⁰. La creencia normativa incorpora ex-

-
- 16 Sobre la autonomía del poder normativo en una perspectiva histórica, véase Mannori, L., “‘Autonomia’. Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, 2014, 65.
- 17 Sobre la noción de ausencia de Estado, véase Richman, B. D., *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2017, 63; y sobre la noción de anarquía, véase Dixit, A. K., *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton, Princeton University Press, 2004, 5-6.
- 18 Véase Reglas Incoterms de la CCI, disponibles en: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/> [consultado el 19 de agosto de 2021].
- 19 Bartolo da Sassoferrato, *Consilia, quaestiones et tractatus*, Thomas Berthelier, 1547; Gilissen, J., “Consuetudine”, *Digesto, Sez. civ.*, III, Torino, 1988. Se ha cuestionado la necesidad de la *opinio juris* como requisito normativo. Véase Bobbio, N., “Consuetudine”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, 9; Sacco, R., “Fonti non scritte”, *Digesto discipline privatistiche*, UTET, Torino, 2012.
- 20 Existe una sorprendente correspondencia con las teorías recientes de las normas sociales desarrolladas por los científicos del comportamiento. Véase Bicchieri, C., *Norms in the Wild: How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2017; Id., *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 11, donde define las normas sociales como “reglas de comportamiento respaldadas por una combinación de expectativas empíricas y normativas. Los individuos tienen una preferencia condicional por obedecer las normas sociales, siempre que tengan las expectativas correctas”, y describe las diferencias entre las expectativas empíricas y normativas como “[l]a diferencia entre las expectativas de cómo se comportarán otras personas en situaciones específicas (expectativas

pectativas – específicamente, la expectativa de la comunidad de que sus miembros se ajustarán a esa práctica, que tiene una dimensión normativa en el sentido de que genera la confianza mutua, esencial para apoyar las actividades comerciales²¹. Pero, ¿cómo se forma el patrón de comportamiento? ¿Y cómo se define la comunidad relevante para que un comportamiento se convierta en costumbre?

La formación de la costumbre es gradual y, a menudo, aunque no siempre, espontánea. No es el resultado de un proceso de toma de decisiones intencional y racional²². Entre historiadores jurídicos y económicos se debate si este proceso es espontáneo, en términos hayekianos, o impulsado por instituciones sociales dentro de las comunidades²³. Se puede inferir la existencia de normas consuetudinarias, y el proceso de inferencia difiere dependiendo de si la norma ha sido codificada o no²⁴. La cooperación entre comerciantes es necesaria para crear una norma comunitaria en la que la confianza mutua y la reputación puedan respaldar los intercambios²⁵. Se necesitan instituciones específicas para desarrollar y consolidar las costumbres²⁶. De hecho, la producción de normas consuetudinarias depende en parte y cada vez más de las instituciones privadas que las codifican y actualizan. He argumentado en otra parte que las normas consuetudinarias necesitan fuertes pilares institucionales, aunque sean parcialmente diferentes de los necesarios para que se desarrollen las normas jurídicas²⁷. Sería un error aplicar el mismo marco conceptual para describir los orígenes de las normas jurídicas y los de las normas consuetudinarias, pero sería

empíricas) y las expectativas sobre lo que otras personas piensas que uno debería hacer en esas situaciones (expectativas normativas)” (en 38). Compárese con Goode, R. “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 46(1), 1997, 1, 8, donde se argumenta que “hasta hace relativamente poco se ha aceptado ampliamente que para que un uso comercial internacional tenga fuerza normativa no basta con establecer un patrón de comportamiento repetitivo entre comerciantes; también debe demostrarse que este patrón de comportamiento se observa desde un sentido de obligación jurídicamente vinculante, no desde la mera cortesía, conveniencia u oportunidad”.

- 21 Greif, A., “Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade”, en Menard, C. y Shirley, M. M. (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, London, Springer, 2005, 727.
- 22 Sacco, R., “Fonti non scritte”, cit. Véase también Dalhuisen, J. H., “Custom and its Revival in Transnational Private Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18(2), 2008, 339.
- 23 Hodgson, G. M., “On the Institutional Foundations of Law: The Insufficiency of Custom and Private Ordering”, *Journal of Economic Issues*, 43(1), 2008, 143.
- 24 Goode, R. “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, cit., 15, donde se señala que “[h]ay tres condiciones principales en las que una corte o un tribunal arbitral pueden ser llevados a aceptar la existencia de un uso comercial. La primera es cuando el uso es tan conocido que el tribunal pueda tener conocimiento judicial de él; la segunda, cuando se rindan testimonios orales o escritos por peritos; y la tercera, cuando el uso pueda inferirse de convenciones internacionales, normas uniformes preparadas por organizaciones internacionales, contratos estándar, escritos académicos y similares”.
- 25 Greif, A., “Institutions and the Path to the Modern Economy”, cit., 749.
- 26 Gillette, C. P., “The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages Under the CISG”, *Chicago Journal of International Law*, 5(1), 2004, 157, 162.
- 27 Cafaggi, F., “The Many Features of Transnational Private Rule-Making”, cit., 913.

un error aún más grave creer que el auge, desarrollo y declive de la costumbre es independiente de la existencia de un marco institucional basado en normas jurídicas.

Los usos comerciales forman parte de las normas consuetudinarias, pero están sujetos a requisitos normativos específicos cuando se aplican en contratos mercantiles transnacionales²⁸. Se consideran términos implícitos²⁹. El uso comercial como término implícito entra en el contrato sujeto a la ocurrencia de tres condiciones: el uso es o debe ser conocido; debe observarse regularmente, y debe ser razonable³⁰. Las partes pueden optar por no aplicar esta norma y adoptar explícitamente una norma diferente del uso comercial.

En algunos ordenamientos jurídicos nacionales, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), la creencia normativa (*opinio juris*) ha desaparecido de la definición de usos comerciales. Tal definición se limita a la práctica sin ninguna referencia explícita a la creencia³¹. Según la definición del artículo 9.2 CISG, lo que se requiere para que un uso comercial sea vinculante es una práctica conocida y regularmente observada³². Un enfoque similar es adoptado por el artículo 9.1 de los Principios de los Contratos Mercantiles Internacionales de 1994 (PICC)³³. Esta es la diferencia entre los usos comerciales y las normas mercantiles consuetudinarias. Las normas consuetudinarias no están reguladas por instrumentos de derecho mercantil transnacional, pero las mismas normas, diseñadas para usos comerciales, se aplican a la costumbre, salvo que se especifique lo contrario.

28 Véase el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT de los Contratos Mercantiles Internacionales y el artículo 9 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional.

29 Véase el artículo 9 CISG: “(1) Las partes están obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Salvo pacto en contrario, se considera que las partes han hecho implícitamente aplicable a su contrato o a su formación un uso que las partes conocían o deberían haber conocido y que, en el comercio internacional, es ampliamente conocido y regularmente observado por las partes de contratos del tipo implicado en el comercio específico en cuestión”. Véase Gillette, C. P. y Walt, S. D., *Sales Law: Domestic and International*, 2.^a ed., Foundation Press, 2008, 113.

30 Vogenauer, S. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, 236, donde se observa: “Según el art. 1.9 (2) los usos no acordados por las partes solo son vinculantes para ellas si cumplen tres requisitos: en primer lugar, el uso en cuestión debe ser observado regularmente en el comercio internacional por las partes del comercio concreto. En segundo lugar, debe ser ampliamente conocido por dichas partes. En tercer lugar, la aplicación del uso no puede ser irrazonable en el caso concreto”.

31 Art. 9 CISG.

32 Gillette, C. P. y Walt, S. D., *Sales Law*, cit., 113.

33 Art. 9.1 PICC: “(1) Las partes están obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por un uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por las partes del comercio concreto en cuestión, excepto cuando la aplicación de dicho uso no sea razonable”. Véase Vogenauer, S. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, cit., 238, nota 29.

Jurídicamente, las partes pueden desvincularse de la norma consuetudinaria, ejerciendo su libertad contractual. Existen diferentes mecanismos de *opt-out* para las normas supletorias: *opt-outs* individuales y colectivos³⁴. Se produce un *opt-out* individual cuando las partes de una transacción deciden modificar la norma supletoria con un término prestado por los usos comerciales³⁵. El *opt-out* colectivo tiene lugar cuando toda una industria opta por no aplicar una sola norma supletoria, o un instrumento en su conjunto, a fin de implementar una norma consuetudinaria³⁶. En este último caso, todos los miembros de la asociación comercial se comprometen a implementar las normas de la asociación (por ejemplo, el código de conducta) en lugar de la norma supletoria del instrumento transnacional. También se produce un *opt-out* colectivo cuando el líder de una cadena indica en sus términos y condiciones generales (TCG) que se aplica un término específico a la cadena de contratos. Incluso si el cambio de la norma supletoria es realizado unilateralmente por el líder de la cadena, los efectos implicarán una gran cantidad de transacciones que se realizan dentro de la cadena. Por este motivo, se trata de un *opt-out* colectivo.

El *opt-out* colectivo puede estar impulsado por la necesidad de utilizar una norma diferente. Es posible que esta norma ya exista o que se haya creado justo antes del *opt-out*. El *opt-out* colectivo puede resolver problemas de acción colectiva. Cuando las partes comercian en el mismo mercado, el uso de términos comerciales diferentes puede dificultar los intercambios, elevando los costos de transacción. Coordinar los términos de las transacciones de cientos o miles de participantes en el comercio sería muy costoso sin la intervención de un líder o una asociación que opte por no aplicar la norma supletoria del instrumento transnacional. Como veremos, el *opt-out* colectivo también puede contribuir a resolver algunos problemas derivados de la rigidez de las normas supletorias.

Abundan los ejemplos de TCG que optan por no aplicar las normas supletorias en los regímenes transnacionales para crear un régimen de cadena de suministro global. Tomemos, por ejemplo, el área de recursos por incumplimiento de contrato. Los instrumentos internacionales aún se organizan en torno al tradicional binomio: daños y perjuicios/cumplimiento específico. La contratación en cadenas globales sugiere que la estabilidad de la cadena y el alto grado de interdependencia requieren el uso de recursos correctivos³⁷. Esta necesidad ha llevado a que los TCG redactados por empresas transnacionales incluyan recursos correctivos y, cuando se ha introducido un término de jerarquía para secuenciar los recursos, los recursos correctivos

34 Bernstein, L. E., "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", *Journal of Legal Studies*, 21(1), 1992, 115.

35 Para un marco teórico sobre el *opt-out* en las normas supletorias contractuales, véase Ayres, I., "Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules", *Yale Law Journal*, 121(8), 2012, 2032, 2034.

36 Bernstein, K. E., "Opting Out of the Legal System", cit., 115.

37 Cafaggi, F. y Imiceli, P., "Regulating Contracting in Global Value Chains", cit., 155.

se han colocado en lo alto de la jerarquía. Los TCG exigen a los proveedores en sus contratos que den prioridad a los recursos correctivos frente a la terminación y recursos como la indemnización por daños y perjuicios, que no abordan las causas del incumplimiento, sino que se centran en las consecuencias³⁸.

El *opt-out* puede referirse a los usos comerciales en lugar de a la norma supletoria redactada por el líder de la cadena. Cuando, como es el caso actual de la CISG y los PICC, el uso comercial es el término implícito, las partes pueden optar por no aplicarlo y decidir utilizar una norma supletoria u otro uso comercial no común. Por lo tanto, existen mecanismos de entrada y salida para modificar los regímenes existentes. El tema que se aborda en este artículo es cómo el diseño de estos mecanismos puede influir en la evolución del derecho mercantil transnacional.

La posibilidad de que las partes puedan optar por no aplicar las normas consuetudinarias no socava el carácter vinculante de la costumbre. Esto es ciertamente cierto para la CISG y los PICC, que no requieren *opinio juris* para que los usos comerciales sean incorporados en el contrato; pero también sería cierto para aquellos regímenes que aún requieren la combinación de *usus* y *opinio juris sive necessitatis*. La *opinio juris sive necessitatis* requiere que las partes creen que la norma es vinculante, no que es imperativa. Como se estableció anteriormente, una norma dispositiva es vinculante incluso si no es imperativa. Por lo tanto, las partes pueden creer que la norma es vinculante como en el caso de las normas supletorias, pero tienen la facultad de sustituir la norma consuetudinaria por sus propios términos contractuales. La existencia de una norma consuetudinaria es compatible con la facultad de *opt-out*.

La costumbre no solo se basa en un marco institucional sólido, sino que las características de las normas consuetudinarias también pueden variar según los diferentes marcos institucionales. Las normas consuetudinarias pueden ser orales o escritas³⁹. Dentro de la costumbre ciertamente existen normas escritas que constituyen el producto de organizaciones privadas cuyo objetivo principal es recopilarlas, consolidarlas y codificarlas. La naturaleza espontánea u organizada de la producción de normas consuetudinarias no es una característica distintiva de la costumbre. Lo que es relevante para distinguir las normas consuetudinarias de las normas jurídicas es que se originan en una comunidad y no en el Estado⁴⁰.

Podría establecerse una diferencia en función de si la norma consuetudinaria, por ejemplo, un uso comercial, ha sido codificada. Si la norma consuetudinaria no ha sido codificada y la *opinio juris* se basa en la existencia de una práctica, sin duda es la dimensión empírica relacionada con el número y la relevancia de los comerciantes que siguen la norma, la que impulsa la creencia normativa. Se sostiene que, aun

38 Ibid., 165.

39 Gilissen, J., "Consuetudine", cit., 9; Bobbio, N., "Consuetudine", cit., 426.

40 En esta perspectiva, el derecho mercantil transnacional difiere del derecho público internacional, donde las normas claramente consuetudinarias son prácticas de los Estados. Tanto la costumbre como la legislación emanan de los Estados.

cuando el uso haya sido codificado y difiera de la práctica, esta última debe prevalecer. Si existe una divergencia entre el *usus* y la *opinio juris*, por ejemplo, cuando la práctica difiere del uso codificado, debe prevalecer el comportamiento comúnmente adoptado por las partes contractuales (la “práctica”). En caso de divergencia entre el *usus* y la *opinio juris*, el primero debe tener prioridad sobre la segunda⁴¹. El comportamiento real debe prevalecer sobre las creencias normativas cuando divergen. Argumentar lo contrario socavaría fuertemente el proceso de innovación legal de la costumbre y contradiría la evolución incrustada en las definiciones de la CISG y los PICC.

III. La costumbre comercial transnacional y el derecho mercantil: ¿alternativas o complementos?

El derecho y la costumbre tienen orígenes diferentes. El derecho, tanto el legislativo como el judicial, se origina en el Estado. La costumbre se origina en las comunidades. La eficacia no suele ser una medida de validez jurídica para el derecho (normas basadas en el Estado), mientras que sí lo es para la costumbre (normas basadas en la comunidad).

Tanto las normas jurídicas como las consuetudinarias pueden tener carácter imperativo o dispositivo. Ambas pueden ser vinculantes. La fuerza vinculante de una norma no depende de su carácter imperativo. Las normas supletorias son vinculantes incluso si las partes individuales pueden desviarse de ellas, introduciendo términos contractuales que regulan su comportamiento en formas que pueden ser totalmente divergentes de las normas supletorias. Por ejemplo, las normas supletorias sobre recursos dentro de la ley aplicable vinculan a las partes, incluso si las partes pueden modificarlas y revisar su jerarquía y su contenido.

El debate sobre la formación de la costumbre fuera y más allá del derecho ha atraído la atención de historiadores, economistas y abogados; los relatos más recientes muestran que las normas consuetudinarias en el comercio internacional pueden desarrollarse independientemente de los Estados, pero florecen más a menudo donde las instituciones legales son fuertes y estables⁴². La discusión que sigue aborda la distinción entre órdenes privados independientes y complementarios en relación con

41 Aunque véase Goode, R. “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, cit., 14-15, donde afirma que, puesto que tanto el *usus* como la *opinio juris* tienen que darse cuando hay divergencia, la costumbre debe ser lo que la *opinio juris* sugiere y no lo que la práctica hace.

42 Ibbetson, D., “Custom in Medieval Law”, en Perreau-Saussine, A. y Murphy, J. B. (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 153-155; Ogilvie, S., *Institutions and European Trade: Merchant Guilds, 1000-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 160-161; Kadens, E., “The Myth of the Customary Law Merchant”, *Texas Law Review*, 90(5), 2012, 1153 (que ofrece una relación de las normas comúnmente conflictivas). Véase también Van Caenegem, R. C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 115-116.

los contratos mercantiles transnacionales⁴³. Más específicamente, considera si el derecho mercantil transnacional y la costumbre son complementarios o alternativos, y cómo coevolucionan⁴⁴.

Como veremos, existe una marcada diferencia entre ámbitos nacionales y transnacionales. Ciertamente, la evolución de la costumbre en las transacciones comerciales transnacionales no puede analizarse como una variable dependiente de la legislación. La relación es la inversa: las prácticas influyen en la legislación internacional. Pero incluso dentro del ámbito nacional, se debe hacer una distinción entre los contratos realizados por comerciantes y otros contratos⁴⁵. La regulación jurídica estatal de los contratos mercantiles rinde un tributo significativo a los usos normativos de la comunidad mercantil, incluso a nivel nacional⁴⁶.

Las narrativas sobre la relación entre el derecho y la costumbre en el derecho mercantil internacional son bastante diversas y, a menudo, divergentes⁴⁷.

La edad de oro del desarrollo de las normas consuetudinarias suele asociarse con la época medieval, pero incluso durante el Imperio Romano florecieron las normas consuetudinarias, especialmente en el marco del *jus gentium*⁴⁸. La costumbre se desarrolló a lo largo de las rutas comerciales, como la ruta de la seda o el desierto del Magreb⁴⁹. Las ferias tenían sus propias normas comerciales⁵⁰. La Italia medieval fue la fuente de las costumbres comerciales y bancarias y la base institucional del capitalismo moderno⁵¹. Sin embargo, en las distintas ciudades existían diferentes formas de cooperación entre los agentes públicos y privados para elaborar las normas

43 Richman, B. D., *Stateless Commerce*, cit., 37-38.

44 Véase más ampliamente Dixit, A. K., *Lawlessness and Economics*, cit., 25-26.

45 En el derecho continental, los contratos mercantiles se celebran entre comerciantes, mientras que los contratos civiles se celebran entre partes, independientemente de su situación económica.

46 Galgano, F., *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 1976.

47 Michaels, R., "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(2), 2007, 447, 468. Véase también Hatzimihail, N. E., "The Many Lives—and Faces—of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law", *Law and Contemporary Problems*, 71(3), 2008, 169 (que detalla el análisis de los relatos rivales de la *lex mercatoria*); Calliess, G.-P., "Lex Mercatoria", Basedow, J.; Rühl, G.; Ferrari, F. y De Miguel Asensio, P. (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, 1119.

48 Gilissen, J., "Consuetudine", cit., nota 38.

49 Greif, A., "Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition", *American Economic Review*, 83(3), 1993, 525, 531; Greif, A., "Institutions and the Path to the Modern Economy", cit.; Goldberg, J. L., *Trade and Institutions in the Medieval Mediterranean: The Geniza Merchants and their Business World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Greif, A., "The Maghribi Traders: a Reappraisal?", *Economic History Review*, 65(2), 2012, 445. Para una crítica de Greif, véase Ogilvie, S., *Institutions and European Trade*, cit.

50 Milgrom, P. R.; North, D. C. y Weingast, B. R., "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs", *Economics and Politics*, 2(1), 1990, 1-23; Sachs, S. E., "From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'", *American University International Law Review*, 21(5), 2006, 685, 730.

51 Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

comerciales⁵². La Liga Hanseática fue una fuente poderosa de normas comerciales consuetudinarias que regulaban el comercio entre comerciantes que operaban dentro del territorio de la Liga⁵³. Estas normas consuetudinarias fueron desarrolladas en distintos sectores por mercaderes que comerciaban con diferentes productos básicos⁵⁴. En otras circunstancias, las normas consuetudinarias se elaboraron dentro de una comunidad de mercaderes que comerciaban con un solo producto, como diamantes, textiles o especias⁵⁵. El poder normativo de las comunidades mercantiles fue reconocido a través de diferentes instrumentos jurídicos, entre los que destacaban los *statuta corporationis*⁵⁶. Estos eran instrumentos promulgados por gremios y *corporationes* que regulaban la propiedad, el contrato, la empresa y la quiebra⁵⁷. La distinción entre derecho público y privado no existía tal como la conocemos ahora, y la producción de normas jurídicas por parte de gremios y *corporationes* podía tener efectos *erga omnes*, similares a las *ordonnances* de los pueblos⁵⁸. Junto con estas fuentes cuasi ‘legislativas’ también se desarrollaron normas consuetudinarias dentro de las comunidades de comerciantes⁵⁹. Por lo tanto, en aquellos tiempos, las normas comunitarias incluían tanto actos cuasilegislativos, promulgados por los gremios de comerciantes, como normas consuetudinarias, producidas por las comunidades de comerciantes⁶⁰. Las primeras desaparecieron con la adquisición del monopolio le-

-
- 52 Luzzatto, G. L., “Corporazioni”, *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 674, que distingue entre Milán, Bolonia y Florencia.
- 53 Mauro, F., “Merchant Communities, 1350-1750”, en Tracy, J. D. (ed.), *The Rise of Merchant Empires: Long-distance Trade in the Early Modern World 1350-1750*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 255-256.
- 54 Origo, I., *Il mercante di Prato. La vita di Francesco Datini. Alle origini del capitalismo italiano*, Corbaccio, Milano, 1957, cap. 1.
- 55 Bernstein, L. E., “Opting Out of the Legal System”, cit., 115; Richman, B. D., *Stateless Commerce*, cit., 19.
- 56 Luzzatto, G. L., “Corporazioni”, cit., 674.
- 57 Kadens, E., “Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law”, *Chicago Journal of International Law*, 5(1), 2004, 39; y especialmente Donahue Jr., Ch., “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica”, *Chicago Journal of International Law*, 5(1), 2004, 21.
- 58 Galgano, F., *Lex mercatoria*, cit., 36-37; Basedow, J., “The State’s Private Law and the Economy. Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making”, *American Journal of Comparative Law*, 56(3), 2008, 703.
- 59 Basile, M. E.; Bestor, J. F. y Coquillette, D. R. (eds.) *Lex Mercatoria and Legal Pluralism: A Late Thirteenth-Century Treatise and Its Afterlife*, Cambridge (Mass.), The Ames Foundation, 1998; Donahue Jr., Ch., “Benvenuto Stracca’s ‘De Mercatura’: Was there a Lex mercatoria in Sixteenth-Century Italy?”, en Piergiovanni, V. (ed.), *From Lex Mercatoria to Commercial Law. Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, vol. 24, Berlin, Duncker y Humblot, 2005, 70.
- 60 El estatuto regulaba principalmente las relaciones entre los comerciantes y terceros, en particular los artesanos. Otorgaron el control del monopolio sobre la producción a nivel local. Las relaciones entre comerciantes, en cambio, estaban reguladas principalmente por normas consuetudinarias recopiladas por los propios comerciantes. Estas últimas tenían efectos extraterritoriales que regulaban el derecho contractual y de sociedades, Véase Galgano, F., *Lex mercatoria*, cit., 41, 56, con base en

gislativo por parte del Estado en los siglos XVIII y XIX; las segundas sobrevivieron a las codificaciones.

Si la costumbre es una norma basada en la comunidad, su auge, desarrollo y declive están indisolublemente ligados a la evolución de la comunidad. Del mismo modo, la validez de las normas consuetudinarias depende de su eficacia. Estas normas dejan de existir cuando termina su aplicación por la comunidad correspondiente.

Podría decirse que la evolución de la costumbre en relación con la del derecho sugiere que el auge y declive de la costumbre deben leerse a la luz del papel creciente o decreciente del derecho y, en los tiempos modernos, de la legislación. En concreto, se sostiene que, en un mundo de costumbres, como era el de la Europa continental y las colonias españolas y británicas en el siglo XVII y antes, el comercio internacional estaba regulado principalmente por normas comunitarias establecidas por los comerciantes⁶¹. Fue solo con la primacía de la legislación aportada por la Ilustración y materializada con la codificación francesa que la costumbre cedió su primacía a la legislación. El Estado adquirió el monopolio del derecho, o al menos eso se afirmaba. De hecho, este monopolio era, si acaso, monopolio de *lex*; nunca llegó a ser monopolio de *jus*. Se privó a la sociedad civil del poder de producir normas legislativas. Según este punto de vista, después de la Revolución Francesa, el derecho coincidió con la legislación. La codificación del derecho privado y comercial transfirió el poder normativo de la sociedad y las comunidades al Estado⁶².

La tesis que parte de esa narrativa es que la fuerza de la costumbre es proporcionalmente inversa a la del derecho. Esta narrativa es tanto históricamente inexacta como teóricamente defectuosa. La distinción entre *jus* y *lex*, *droit et loi*, *Recht und Gesetz*, derecho y ley, mantuvo su relevancia junto con la distinción entre derecho público y privado siguiendo las codificaciones europeas⁶³. Ciertamente, en el siglo XIX tuvo lugar una importante redistribución del poder normativo, de la aristocracia y el clero a la burguesía. Pero esta redistribución no privó a las comunidades comerciales de la facultad de producir normas jurídicas. La redistribución del poder normativo entre la aristocracia y la burguesía no afectó el comercio, donde el poder normativo permaneció en manos de los comerciantes cuando el Estado adquirió el monopolio legislativo⁶⁴. Las comunidades de comerciantes mantuvieron su poder normativo incluso después de las codificaciones del siglo XIX. El derecho mercantil

Lattes, A., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, Hoepli, 1884, 138.

61 Galgano, F., *Lex mercatoria*, cit., 41.

62 Evidentemente, esta transformación no se produjo en los países del derecho anglosajón (*common law*), donde la relación entre el derecho dictado por un juez y la costumbre se caracterizó por puntos de inflexión mucho menos radicales.

63 Michaels, R., "The True Lex Mercatoria", cit., 447, 468; Michaels, R., "The Mirage of Non-State Governance", *Utah Law Review*, 2010(1), 2010, 31, 45.

64 Luzzatto, G., *Breve storia economica dell'Italia medievale*, Torino, Einaudi, 1966; Galgano, F., *Lex mercatoria*, cit., 41.

preservó su especificidad incluso cuando no existía la distinción formal entre derecho civil y mercantil.

Así lo demuestra la diferencia significativa entre los usos mercantiles o comerciales, por un lado, y las normas consuetudinarias aplicadas a la propiedad, los contratos, los testamentos, el derecho de familia y otras áreas no relacionadas con el derecho mercantil, por el otro. Es por designio y no por casualidad que mientras los primeros mantuvieron, incluso en los sistemas continentales, la prioridad sobre el derecho dispositivo, las segundas fueron eliminadas o degradadas⁶⁵.

La primacía de la legislación pudo haber ocurrido en un momento específico y, principalmente, para el comercio interno⁶⁶. Si se adopta una perspectiva más amplia y a más largo plazo, la narrativa descrita anteriormente presenta deficiencias significativas⁶⁷. De ninguna manera el derecho mercantil consuetudinario siguió un solo camino; se han desarrollado caminos muy diferentes dependiendo de la naturaleza del producto comercializado, de los participantes en el comercio y del grado de interacción entre el comercio y las finanzas.

Para ser justos, la narrativa mencionada anteriormente reconoce la diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho civil. La relación entre el derecho mercantil legislativo, tal y como se desarrolló en Europa continental, difiere de la de los sistemas de derecho anglosajón en los que, al menos hasta finales del siglo XIX, la legislación de las transacciones comerciales era limitada y el derecho anglosajón reconocía el papel de los usos y costumbres comerciales⁶⁸. En el derecho anglosajón, la relación entre la costumbre y el derecho dictado por un juez era diferente del derecho continental hasta que el derecho estatutario se convirtió en un pilar importante de las leyes mercantiles nacionales, incluso en los sistemas de derecho anglosajón⁶⁹. Este proceso comenzó con la promulgación de la ley de ventas en Inglaterra a fines del siglo XIX y la del UCC en Estados Unidos a principios del siglo XX.

65 Esta diferencia es evidente en aquellos sistemas que distinguen entre códigos civiles y mercantiles.

66 Incluso dentro de la Europa continental, la primacía de la legislación en las transacciones comerciales es discutible.

67 Basedow, J., "The State's Private Law and the Economy", cit., 703: "El derecho de las relaciones comerciales ha sido creado y aplicado fuera de los tribunales estatales o señoriales durante siglos antes de que los estados territoriales en crecimiento comenzaran a incorporar este cuerpo de leyes en su propio derecho estatal a partir del siglo XVII en adelante. Pero incluso los códigos mercantiles del siglo XIX dejaron la puerta abierta a la regulación privada".

68 Ibbetson, D., "Custom in Medieval Law", cit., 153-155.

69 Goode, R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", cit., 3: "Entonces, a los efectos de este artículo, la frase 'derecho mercantil transnacional' se utiliza para describir la totalidad de los principios y normas, ya sean consuetudinarios, convencionales, contractuales o derivados de cualquier otra fuente, que son comunes a una serie de sistemas jurídicos, mientras que la frase '*lex mercatoria*' se utiliza para indicar la parte del derecho mercantil transnacional que no está codificada y consiste en el derecho mercantil consuetudinario, las normas consuetudinarias en materia de prueba y procedimiento y los principios generales del derecho mercantil, incluyendo el orden público internacional".

El enfoque adoptado en este artículo difiere de la narrativa recién descrita. Se sostiene que, salvo unas pocas excepciones, el patrón evolutivo ha sido el de la coevolución entre el derecho y la costumbre. Tal camino coevolutivo refleja la interacción entre los Estados y las comunidades y, antes del auge de los Estados modernos, entre el poder público y las comunidades.

La existencia de un patrón coevolutivo no implica que el derecho y la costumbre no se influyan mutuamente. Por el contrario, lo hacen, pero no es necesariamente el caso que el derecho fuerte coincida con la costumbre débil y el derecho débil con la costumbre fuerte. En ocasiones, la costumbre complementa al derecho, en otras lo suple y precede a las normas introducidas posteriormente por el derecho mercantil internacional blando, o incluso duro.

La costumbre mercantil y el derecho mercantil coevolucionan, y sus relativos puntos fuertes y débiles están correlacionados. Se ha desarrollado una fuerte costumbre con instituciones jurídicas sólidas y bien establecidas⁷⁰. Solo donde la infraestructura jurídica era sólida se podía desarrollar la costumbre mercantil internacional⁷¹. Cuando no existían instituciones jurídicas fuertes, la costumbre era débil e inestable. Por lo tanto, el derecho y la costumbre han funcionado como complementos institucionales más que como alternativas. La redistribución del poder normativo se produjo más dentro de los diferentes grupos de la sociedad civil que entre el Estado y la sociedad civil.

Evidentemente, un segundo factor importante es la estabilidad de la comunidad donde surge y se consolida la costumbre. Cuando esa comunidad cambia su composición, la costumbre cambia en consecuencia. La evolución de las comunidades de comerciantes con el colonialismo, por ejemplo, provocó cambios importantes en las leyes mercantiles internacionales, porque las colonias favorecieron el surgimiento de nuevos comerciantes. La complementariedad es entre instrumentos y, más ampliamente, entre Estados y comunidades⁷².

IV. Algunas características distintivas de las normas consuetudinarias

La relación entre los instrumentos jurídicos y la costumbre se examina a menudo en relación con los conflictos entre las normas y su resolución. Los conflictos entre normas a nivel nacional generalmente se resuelven a través de la jerarquía. En los sistemas de derecho civil, la jerarquía de las fuentes estipula que debe anularse una costumbre que entre en conflicto con el derecho. Solo es admisible la costumbre

70 *Ibíd.*, 11.

71 Cafaggi, F., “The Many Features of Transnational Private Rule-Making”, cit., 919, donde se analizan las condiciones institucionales previas para el surgimiento de la costumbre.

72 Greif, A., “Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade”, cit., 525, 531; Greif, A., “Institutions and the Path to the Modern Economy”, cit.; Goldberg, J. L., *Trade and Institutions in the Medieval Mediterranean*, cit.; Greif, A., “The Maghribi Traders”, cit., 445.

secundum legem y, hasta cierto punto, la *praeter legem*. La costumbre *contra legem* no es admisible, dada la prioridad de las normas jurídicas sobre las consuetudinarias. En el derecho anglosajón se adopta un enfoque menos restrictivo.

La estructura jerárquica es diferente a nivel transnacional donde, como veremos, la costumbre no puede violar las normas imperativas, pero puede reemplazar las normas supletorias.

Una perspectiva coevolutiva, como la que se propone en este artículo, sugiere que la interacción entre la ley y la costumbre es relevante no solo en situaciones de conflicto sino también en el contexto de la coexistencia, por ejemplo, donde los principios y las reglas deben integrarse en las normas consuetudinarias. De hecho, la perspectiva coevolutiva presentada aquí cambia el enfoque principal del conflicto a la coordinación entre las reglas estatales y comunitarias.

La resolución de conflictos requiere una perspectiva dinámica que compare los cambios en las normas jurídicas y consuetudinarias. A diferencia de los cambios en las normas jurídicas, los cambios en las normas consuetudinarias son muy sensibles a los cambios sociales. Los cambios en las normas consuetudinarias ocurren cuando cambia el patrón de comportamiento o la creencia, que es normativamente vinculante.

El conflicto no es solo entre las normas jurídicas y la costumbre, sino también dentro de la costumbre. Los usos comerciales expresan el comportamiento mayoritario⁷³. Solo cuando la mayoría de los miembros pertenecientes a la comunidad pertinente dejan de seguir esa práctica, la fuerza vinculante de la norma consuetudinaria llega a su fin. Esta formación de usos comerciales no es necesariamente democrática. La razón del requisito mayoritario se basa en los costos de transacción, más que en los principios democráticos. Solo cuando un patrón de comportamiento se vuelve mayoritario es económicamente racional darle a ese patrón de comportamiento la calificación de una norma jurídica.

Este es un elemento distintivo significativo de la norma jurídica mercantil. De hecho, aun cuando la norma supletoria pierde su carácter mayoritario, no pierde su carácter vinculante. La eficacia no suele ser una medida de validez jurídica para las normas basadas en el Estado, mientras que sí lo es para las normas basadas en la comunidad. Solamente un nuevo acto legislativo o, en el derecho anglosajón, una decisión judicial, puede modificar la norma supletoria y realinear el mundo jurídico con las preferencias de las partes. Desde un punto de vista formal, el comportamiento de la comunidad no es relevante para la fuerza vinculante de la norma supletoria. En

73 Se sostiene que es necesaria la mayoría, no la unanimidad dentro de la comunidad, para que una práctica se convierta en norma. La facultad de optar por no aplicar la costumbre presupone lógicamente la posibilidad de que algunos miembros puedan divergir y aun estar sujetos a la norma consuetudinaria. Véase Vogenauer, S. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, cit., 236-237, que habla de la observancia regular y generalizada de los usos y que es conocida por la mayoría de los comerciantes.

cambio, desde un punto de vista sustantivo, importa mucho si una norma supletoria se ha vuelto obsoleta y los comerciantes ya no la siguen.

Una segunda característica distintiva se refiere al alcance de la costumbre. A diferencia de la legislación blanda y dura, que suele tener un alcance territorial, la costumbre puede o no ser territorial. Los usos se desarrollan en función de la actividad de la comunidad comercial, que puede abarcar varios territorios. Con la creación de comunidades artificiales basadas en tecnologías de la comunicación, la costumbre puede dejar de ser territorial y coincidir con las actividades de la comunidad⁷⁴. Una norma contractual consuetudinaria podría aplicarse a una comunidad comercial independientemente de su ubicación geográfica y territorial⁷⁵. El aspecto territorial de la elaboración de normas se refleja en las diferencias entre los Estados, que en la actualidad son entidades territoriales, y las comunidades comerciales, que pueden no ser unidades territoriales y aun así producir normas consuetudinarias.

V. Derecho mercantil transnacional y costumbre: el patrón coevolutivo contemporáneo

La tesis coevolutiva esbozada anteriormente debe aclararse a la luz de la evolución reciente del derecho mercantil transnacional⁷⁶. La coevolución no solo debe enmarcarse de manera diferente dependiendo de si el derecho mercantil es imperativo o dispositivo (supletorio), sino que la relación entre el derecho y la costumbre también difiere dependiendo de si el derecho mercantil es duro o blando. Diferentes modos de complementariedad con la costumbre caracterizan el derecho mercantil transnacional duro y blando.

En el análisis que sigue se aborda, primero, la distinción y la relación entre el derecho mercantil transnacional duro y blando y las normas consuetudinarias; luego, se examina la distinción y la relación entre las normas imperativas y supletorias en el

74 Las plataformas comerciales con cientos de miles de comerciantes pueden desarrollar su propia costumbre relacionada con el funcionamiento de la plataforma, pero ajena a cualquier territorio físico.

75 Goode, R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", cit., 11: "El uso comercial, como la costumbre en el derecho internacional público, puede variar ampliamente tanto en su esfera de influencia como en su grado de especificidad. Su esfera de influencia se puede delinear de varias maneras, por ejemplo: (1) geográficamente, por referencia a una ciudad, puerto o región en particular; (2) políticamente, por referencia a una agrupación o afinidad política en particular; (3) económicamente, por referencia a una agrupación o afinidad económica en particular; (4) jurídicamente, por referencia a una tradición jurídica en particular; (5) comercialmente, por referencia a un comercio o mercado en particular. Cada una de estas agrupaciones es hasta cierto punto independiente de las demás, de modo que, por ejemplo, un uso comercial internacional puede limitarse a un tipo particular de actividad comercial (por ejemplo, empresas de pagos documentarios bancarios) pero puede tener un alcance geográfico casi universal, mientras que, por otro lado, puede haber usos que se apliquen a las actividades comerciales en general, pero solo dentro de un área geográfica definida o una familia jurídica en particular".

76 Goode, R., *Commercial Law in the Next Millenium. The Forty-ninth Hamlyn Lectures*, London, Sweet y Maxwell, 1998, 3.

derecho mercantil y la costumbre para aclarar las características de la complementariedad institucional y la coevolución.

La distinción entre derecho blando y duro en el derecho mercantil transnacional se describe a menudo comparando la CISG con los PICC⁷⁷. La primera es una convención, por lo tanto, un derecho duro, la expresión de un compromiso político entre diferentes tradiciones jurídicas internas. Los últimos se consideran derecho blando⁷⁸⁻⁷⁹⁻⁸⁰.

Desde el principio, es importante subrayar que el derecho blando y la costumbre son diferentes. El derecho blando no es una alternativa a la costumbre. La supuesta naturaleza no vinculante del derecho mercantil transnacional blando no lo califica automáticamente como costumbre. Por lo tanto, no sería exacto describir la proliferación del derecho mercantil transnacional blando como un reemplazo del derecho mercantil consuetudinario. Las normas consuetudinarias siguen siendo diferentes tanto en su origen como en su naturaleza.

La distinción entre el derecho mercantil transnacional blando y la costumbre no se basa en la (ausencia de) naturaleza vinculante, sino más bien en el origen y la naturaleza de la norma. Los principios y normas del derecho mercantil transnacional blando emanan de organizaciones internacionales que siguen procedimientos formales y se rigen principalmente por el acuerdo de los Estados miembros. Los Estados siguen siendo los actores dominantes en la producción de estos instrumentos. Las normas consuetudinarias, en cambio, son normas basadas en la comunidad, tradicionalmente impulsadas por los intereses de sus miembros.

77 Block-Lieb, S. y Halliday, T. C., *Global Law Makers: International Organizations in the Crafting of Global Markets*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 265-266.

78 Véase *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit., 74: “Al igual que la CISG y la Convención de Limitación, los UPICC fueron diseñados y redactados bajo los auspicios de una organización internacional. Sin embargo, a diferencia de esas y otras convenciones en el área del derecho mercantil transnacional, se trata de un instrumento denominado de ‘derecho blando’; por lo tanto, no imponen a los Estados la obligación de poner en vigor las normas del instrumento mediante legislación nacional, disposiciones constitucionales u otros mecanismos de transposición”.

79 Block Lieb, S., “Soft and Hard Strategies: The Role of Business in the Crafting of International Commercial Law”, *Michigan Journal of International Law*, 40(3), 2019, 433. Se argumenta que los Principios de la CCI fueron redactados por expertos y ratificados por el consejo de gobierno del UNIDROIT pero no recibieron la aprobación formal de los Estados miembros del UNIDROIT. El enfoque del UNIDROIT a los Principios de la CCI –es decir, su inhabilidad para obtener la aprobación formal de los Estados miembros– se asemeja al seguido en sus Principios de Contratos de Reaseguro, pero es distinto al de sus otros proyectos de derecho blando, como los Principios del UNIDROIT sobre las Cláusulas de *Close-Out Netting*, que fueron elaborados por un grupo de trabajo, aprobados por el consejo de gobierno y posteriormente ratificados mediante la creación de un grupo de “expertos gubernamentales” (en 466).

80 Block-Lieb, S. y Halliday, T. C., *Global Law Makers*, cit., 265.

La elección entre derecho duro y blando a nivel internacional ha impulsado un debate rico e interdisciplinario en los últimos veinte años⁸¹. Por el contrario, la relación específica entre el derecho mercantil transnacional y la costumbre no ha atraído suficiente atención⁸².

Los instrumentos blandos adoptados por la CNUDMI, el UNIDROIT y la Conferencia de La Haya no son vinculantes para los Estados, que pueden o no promulgar leyes para implementarlos. Sus destinatarios son las partes privadas, los tribunales, los árbitros y los Estados. Cada vez con más frecuencia, son aplicables a los contratos mercantiles transnacionales. El carácter no vinculante de los instrumentos de derecho blando deja a las partes contractuales la libertad de elegir si implementarlos en sus transacciones. Sin embargo, esto no se limita a los instrumentos de derecho blando; también es una posible característica del derecho duro. Convenciones como la CISG, donde se adoptó el régimen de *opt-in*, otorgan a las partes la opción de implementar los instrumentos internacionales o de regular la transacción a través de leyes nacionales.

Este desarrollo del derecho blando ocurre en un marco de cooperación regulatoria entre organizaciones internacionales y entre OI y organizaciones privadas, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Organización Internacional de Normalización (ISO). Las organizaciones internacionales implicadas en la regulación del derecho contractual mercantil colaboran para coordinar los instrumentos y su implementación en los contratos mercantiles internacionales⁸³. Las organizaciones privadas y las asociaciones comerciales crean pautas o códigos que implementan instrumentos internacionales: por ejemplo, los Incoterms de la CCI⁸⁴. Especifican y normalizan normas que se derivan de los principios emitidos por los organismos internacionales y de las prácticas. Lo que no se puede lograr a través del compromiso político en las organizaciones intergubernamentales se puede lograr dentro de la comunidad empresarial mediante la creación de modelos.

La cooperación entre organizaciones es tanto formal como informal. Puede traducirse en la aprobación de los instrumentos elaborados por otra organización,

81 Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal, 'Hard and Soft Law in International Governance' (2000) 54(3) *International Organizations* 421 (desarrollando el concepto de 'legalización' al distinguir entre derecho internacional duro y blando); John J. Kirton y Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance* (Ashgate: Aldershot 2004); Gregory C. Shaffer y Mark A. Pollack, 'Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance' (2010) 94(3) *Minnesota Law Review* 706, 713.

82 Pero véase Block Lieb, S., "Soft and Hard Strategies", cit., 433.

83 Véase un ejemplo reciente en la *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit.

84 Magnus, U. y Piltz, B., "Trade Terms and Incoterms", en DiMatteo, L. A.; Janssen, A.; Magnus, U. y Schulze, R. (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles & Practice*, Oxford, Beck-Hart-Nomos, 2016, 267.

como ha sucedido con los Principios del UNIDROIT y los Incoterms de la CCI⁸⁵. La CNUDMI ha aprobado prácticamente todas las ediciones de los Incoterms de la CCI, reconociendo que los términos podrían aplicarse de manera útil a los contratos de compraventa⁸⁶. Tal aprobación refuerza la autoridad de los Incoterms para su uso en contratos mercantiles transnacionales. La aprobación implica que, al usar la CISG, las partes deberían haber tenido conocimiento de los Incoterms.

La cooperación regulatoria internacional también puede dar lugar a una colaboración relacionada con la redacción de cláusulas modelo. Fue en el proceso de implementación de la CISG y los PICC, con la definición de contratos estándar y cláusulas modelo, que la interacción entre el derecho y la costumbre se hizo operativa a través de la cooperación internacional consagrando un modelo coevolutivo. Esto es coevolución a través de la cooperación.

Los PICC definen los principios que se aplicarán en los contratos mercantiles internacionales⁸⁷. La CCI define contratos modelo como los de venta internacional, franquicia, distribución, agencia. Incluyen en sus modelos referencia a la CISG o los

85 Véase, por ejemplo, la aprobación de los INCOTERMS de la CCI por parte de la CNUDMI: “Tomando nota de la utilidad de los Incoterms 2010 para facilitar el comercio internacional, la Comisión, en su reunión 955, el 3 de julio de 2012, adoptó la siguiente decisión:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

“Expresando su agradecimiento a la Cámara de Comercio Internacional por transmitirle el texto revisado de los Incoterms 2010, que entró en vigor el 1 de enero de 2011,

“Felicitando a la Cámara de Comercio Internacional por haber hecho una contribución adicional a la facilitación del comercio internacional al hacer que los Incoterms 2010 sean más simples y claros, reflejando los desarrollos recientes en el comercio internacional,

“Observando que los Incoterms 2010 constituyen una valiosa contribución para facilitar la realización del comercio global,

“Recomienda el uso de los Incoterms 2010, según proceda, en las transacciones de compraventa internacional”.

86 La CCI solicitó a la Comisión de la CNUDMI que considerara la posible aprobación de los Incoterms 2010, que habían entrado en vigor el 1 de enero de 2011: “142. Se señaló que las reglas Incoterms, las reglas de la CCI sobre el uso de términos comerciales nacionales e internacionales, en general facilitaron la realización del comercio global al proporcionar términos comerciales que definían claramente las obligaciones respectivas de las partes y reducían el riesgo de complicaciones jurídicas. Creados por la CCI en 1936, los Incoterms se han actualizado periódicamente para seguir el ritmo del desarrollo del comercio internacional, siendo los Incoterms 2010 la actualización más reciente. Se recordó que la Comisión había aprobado los Incoterms 1990 en su vigésimoquinta sesión, en 1992, y los Incoterms 2000 en su trigésimotercera sesión, en 2000. Se informó a la Comisión que los Incoterms 2010 actualizaron y consolidaron las normas ‘entregadas’, reduciendo el número total de normas de 13 a 11. Se sugirió además que los Incoterms 2010 ofrecieran una presentación más simple y clara de todas las normas, teniendo en cuenta la continua expansión de las zonas francas, el mayor uso de las comunicaciones electrónicas en las transacciones comerciales, la mayor preocupación por la seguridad en el movimiento de mercancías y los cambios en las prácticas de transporte”.

87 Véase el preámbulo de los PICC 2016 ed.: “Estos Principios establecen las reglas generales para los contratos mercantiles internacionales. Se aplicarán cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por ellos. Podrán aplicarse cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o similares. Podrán aportar una solución a una cuestión planteada cuando resulte imposible establecer la norma pertinente del derecho aplicable. Pueden utilizarse para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

PICC⁸⁸. Para el modelo de contrato de compraventa internacional, la CCI hace referencia a la CISG en relación con áreas no reguladas explícitamente por el contrato modelo⁸⁹. Para otros contratos, se hace referencia a los PICC⁹⁰. Las cláusulas de fuerza mayor y dificultad excesiva representan un buen ejemplo del camino coevolutivo tomado a través del diálogo informal entre la CCI y el UNIDROIT⁹¹.

La proliferación de instrumentos de derecho blando producidos recientemente por organizaciones internacionales como el UNIDROIT, la CNUDMI y la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado generalmente se explica por la flexibilidad y adaptabilidad de los instrumentos de derecho blando, tanto en su elaboración como en su modificabilidad a lo largo del tiempo⁹². La posibilidad de adoptar versiones posteriores del mismo instrumento sin pasar por el proceso de ratificación por parte de los Estados miembros garantiza la posibilidad de una rápida adaptación a las circunstancias cambiantes. En particular, las crisis recientes han demostrado que la capacidad de cambiar rápidamente y de modificar el instrumento en función de las nuevas necesidades es una necesidad. Por lo tanto, no solo existen fundamentos sólidos para el uso del derecho blando, sino que también hay buenas

88 También cabe destacar que, al redactar los términos del contrato y las propias condiciones generales, la CCI utilizó la CISG como modelo principal para las cláusulas supletorias. Véase *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit.

89 Los contratos modelo de la CCI suelen contener disposiciones sobre la ley aplicable y se refieren a instrumentos internacionales como norma supletoria, dejando que las partes modifiquen esta opción si así lo prefieren. “El Modelo de Contrato de Compraventa Internacional de la CCI (Bienes Manufacturados), publicado por primera vez en 1997 y revisado y actualizado en 2020, contiene una referencia a la aplicación de la CISG en sus condiciones generales. El artículo 1.2, en particular, establece que todas las cuestiones que no estén resueltas en el propio contrato (incluyendo las condiciones generales acordadas) se regirán por la CISG y, en la medida en que dichas cuestiones no estén cubiertas por la CISG y no se haya acordado ninguna ley aplicable, por referencia a la ley del domicilio del vendedor. Se alienta a las partes que deseen elegir una ley distinta a la del domicilio del vendedor para regir las cuestiones no cubiertas por la CISG a hacerlo en la primera parte del Contrato Modelo, donde se pueden negociar los términos individuales”.

90 *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit., 91: “La mayoría de los otros contratos modelo contienen una referencia a la aplicación de los principios generales del derecho mercantil y a los UPICC. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 24.1 del Contrato Modelo de Agencia Comercial de la CCI, toda cuestión que no esté expresa o implícitamente resuelta por disposiciones contractuales se regirá por los principios de derecho generalmente reconocidos en el comercio internacional como aplicables a los contratos de agencia internacional, por los usos comerciales pertinentes y por los UPICC, en ese orden”.

91 Véase la *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit., 91-92: “414. La CCI también ha desarrollado cláusulas independientes para abordar cuestiones específicas, como fuerza mayor o dificultad excesiva, que influyeron en el lenguaje utilizado por las 92 disposiciones de los UPICC sobre la regulación de estas cuestiones (véase el art. 7.1.7, sobre fuerza mayor, y los arts. 6.2.1-6.2.3, sobre dificultad excesiva). A su vez, los UPICC han desempeñado un papel en la revisión más reciente de dichas cláusulas, en particular la Cláusula de Dificultad Excesiva”.

92 Basedow, J., “The Hague Principles on Choice of Law: their Addressees and Impact”, *Uniform Law Review*, 22(2), 2017, 304; Gabriel, H. D., “The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has it Been?”, *Michigan Journal of International Law*, 40(3), 2019, 413.

razones para evitar la transformación del derecho blando en derecho duro con el fin de preservar el patrón coevolutivo entre el derecho y la costumbre en los contratos mercantiles transnacionales.

¿Hasta qué punto la transformación del derecho mercantil de derecho blando en derecho duro podría tener un impacto en la costumbre? La complementariedad entre el derecho mercantil blando y la costumbre puede verse afectada por su transformación en derecho duro, generando un efecto de desplazamiento de las normas consuetudinarias. Las ciencias del comportamiento sugieren que el cambio a una legislación dura y vinculante puede desplazar la producción del derecho consuetudinario⁹³. La introducción de normas vinculantes puede afectar los sistemas de motivación de las comunidades para crear normas consuetudinarias. Las comunidades con motivaciones intrínsecas para cooperar en presencia de normas blandas pueden sufrir una reducción de estas motivaciones con la introducción del derecho mercantil transnacional duro⁹⁴. Por el contrario, el despliegue del derecho mercantil transnacional blando puede atraer las normas consuetudinarias al proporcionar a las comunidades motivaciones para cooperar en la creación de costumbres⁹⁵.

VI. Normas imperativas, supletorias y la costumbre

Debe subrayarse, una vez más, que tanto las normas imperativas como las supletorias tienen fuerza vinculante. La posibilidad de que las partes opten por no aplicar la norma supletoria no socava la fuerza vinculante de la norma jurídica o consuetudinaria. ¿Cómo afecta la alternativa entre normas jurídicas transnacionales imperativas y supletorias a la costumbre e influye en su evolución?

La alternativa se puede ilustrar contrastando la responsabilidad civil y los contratos. En la responsabilidad civil, en la que las normas son predominantemente imperativas, la costumbre puede especificar el derecho cuando las reglas de con-

93 Frey, B. S., *Not Just for the Money: An Economic Theory of Personal Motivation*, Cheltenham, Edward Elgar, 1997, 18, donde se observa: “Los procesos psicológicos identificados en la última sección también nos permiten derivar las condiciones psicológicas bajo las cuales aparece el Efecto de Desplazamiento: (1) Las intervenciones externas desplazan la motivación intrínseca si los individuos afectados las perciben como controladoras. En ese caso, la autodeterminación, la autoestima y la posibilidad de expresión se resienten, y los individuos reaccionan reduciendo su motivación intrínseca en la actividad controlada. (2) Las intervenciones externas atraen la motivación intrínseca si los individuos afectados la perciben como un apoyo. En ese caso, se fomenta la autoestima y los individuos sienten que se les da más libertad para actuar, aumentando así la autodeterminación”.

94 Véase más ampliamente Ostrom, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, cap. 1.

95 En general, la regulación dura desplaza la motivación intrínseca, mientras que la regulación blanda podría incluso atraerla. Véase Frey, B. S., *Not Just for the Money*, cit., 32: “Las normas informales suelen ser establecidas por personas que marcan tendencias y que presentan ciertas características psicológicas como, por ejemplo, la autonomía y la autoeficacia”. Véase también Bicchieri, C., *Norms in the Wild*, cit., 167, que podría reducirse o frenarse mediante un cambio hacia una regulación dura.

ducta se dejan en manos de las comunidades profesionales o comerciales. En caso de conflicto entre las normas jurídicas y la costumbre, prevalecen las primeras. La costumbre solo puede ser un complemento cuando no surgen conflictos, pero nunca puede ser una alternativa a las normas imperativas en caso de que surjan conflictos. En los contratos B2B, las normas son predominantemente supletorias, y la costumbre puede jugar un papel importante como complemento o como alternativa a las normas jurídicas. La costumbre complementa la norma jurídica cuando se usa para cerrar brechas y es una alternativa cuando las partes optan por no aplicar la norma supletoria y seleccionan una norma diferente.

Las normas supletorias suelen clasificarse en dos categorías: normas supletorias de negociación hipotéticas y normas supletorias de penalización⁹⁶. Se han propuesto otras taxonomías⁹⁷. A los efectos de este análisis, tales distinciones, aunque muy pertinentes, no se tendrán en cuenta. Sin embargo, los diferentes tipos de normas supletorias pueden afectar la calidad de la complementariedad con la costumbre. El enfoque adoptado por la CISG y los PICC es el de la complementariedad con las normas consuetudinarias. La coevolución está impulsada por las elecciones de las partes, además de la cooperación interinstitucional. La posibilidad de que las partes salgan de un régimen y entren en otro hace que la coevolución funcione. El análisis se centra especialmente en la salida, pero la voz y la lealtad también desempeñan un papel relevante.

La relación entre convenciones y usos es tan compleja en el derecho mercantil transnacional como en el derecho internacional. “Una convención puede ser prueba de un uso, a fin de permitir su admisión donde la convención como tal no sería aplicable. Puede operar simultáneamente con el uso, puede desplazar el uso y puede crear o evidenciar un nuevo uso a través de la adopción consistente en transacciones comerciales transfronterizas o por Estados no contratantes”⁹⁸.

A diferencia de las leyes nacionales, donde la jerarquía a menudo se establece al afirmar que la legislación prevalece sobre los usos en caso de conflicto, en el derecho mercantil transnacional no solo se reconoce ampliamente que las normas convencionales dispositivas pueden cambiar los usos comerciales existentes, sino también que los usos comerciales pueden cambiar las normas dispositivas de las convenciones⁹⁹.

96 Ayres, I. y Gertner, R., “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal*, 99(1), 1989, 87.

97 Scott, R. E., “A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts”, *Journal of Legal Studies*, 19(2), 1990, 597; Schwartz, A., “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 3(1), 1994, 389.

98 Goode, R. “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, cit., 18.

99 *Ibíd.*, 25: “Así como una convención puede cambiar el uso comercial internacional no escrito, también el uso puede calificar o anular las normas dispositivas de una convención. Además, en la medida en que la convención constituya una prueba del uso, sus disposiciones pueden ser aplicables en virtud del uso incluso cuando no existe la conexión con un Estado contratante prescrita por la convención, por ejemplo, cuando, en una compraventa internacional de mercancías, una de las partes no tiene su domicilio en un Estado contratante. Nuevamente, esto tiene su contrapartida en el

Existen relaciones similares con el derecho contractual blando, como los PICC. Los principios pueden aplicarse directamente cuando las partes de un contrato se refieren explícitamente a ellos. Si aplican usos comerciales, se consideran términos implícitos. Como consecuencia, las partes que usan los PICC también incluyen en sus contratos usos comerciales en virtud del artículo 1.9 PICC¹⁰⁰.

En relación tanto con la CISG como con los PICC, las partes contractuales que deseen utilizar la norma supletoria o introducir sus propios términos deben optar por no aplicar los usos comerciales e indicar qué norma pretenden aplicar. El mecanismo de *opt-out* relacionado con los usos comerciales tiene una doble función. En relación con la transacción específica, permite a las partes elegir la norma que prefieran. El *opt-out* de la costumbre indica las preferencias de las partes por una regulación diferente de su transacción¹⁰¹. El *opt-out* individual no afecta la fuerza vinculante de la norma consuetudinaria. Como se mencionó anteriormente, la *opinio juris sive necessitatis* requiere que las partes crean que la norma es vinculante, no que es imperativa. Por lo tanto, las partes pueden creer que la norma es vinculante como ocurre con las normas supletorias, pero que tienen la facultad de sustituir la norma consuetudinaria por su propio término expreso.

Solamente cuando la mayoría de los miembros de la comunidad dejan de cumplir con el comportamiento consagrado en la norma, la norma consuetudinaria pierde su fuerza vinculante y ya no puede considerarse una costumbre. Esto sucede, por ejemplo, en algunos casos de *opt-out* colectivo¹⁰². El *opt-out* colectivo por parte de una sola industria no sería suficiente para que la costumbre llegara a su fin. Para determinar la desaparición de una norma consuetudinaria sería necesario que la mayoría de las industrias optaran colectivamente por no aplicarla.

¿La naturaleza de término implícito de los usos hace que estos prevalezcan sobre las normas supletorias? Simplemente, sí lo hace. Cuando se han establecido usos comerciales, en conflicto con las normas dispositivas, estos prevalecen¹⁰³. Por lo tanto, cuando las partes no regulan explícitamente el asunto, y cuando existen dos

derecho internacional, donde se puede considerar que un Estado se ha adherido en la práctica a una convención de la que no es parte”.

100 Vogenauer, S. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, cit., 239, nota 29: “Los usos y prácticas que son vinculantes en virtud del artículo 1.9 pueden entrar en conflicto con los términos expresos del contrato o con las disposiciones de los PICC. En tal caso, los términos expresos prevalecen sobre los usos y prácticas en conflicto, que, a su vez, reemplazan las disposiciones en conflicto de los PICC, a menos que estas últimas sean imperativas”.

101 Ayres, I, “Regulating Opt-Out”, cit., 2034.

102 En algunas comunidades comerciales, en lugar de un *opt-out* individual, existe un *opt-out* colectivo de los usos comerciales o de la norma supletoria. La comunidad diseña sus propias normas comerciales que son diferentes a las definidas por el derecho mercantil nacional o internacional e incluso a los usos comerciales codificados. Véase Bernstein, L. E., “Opting Out of the Legal System”, cit., 115.

103 Vogenauer, S. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, cit.

elementos de cierre de brechas en conflicto, por ejemplo, las normas supletorias y los usos comerciales, estos últimos prevalecen en el derecho contractual mercantil transnacional. La razón es que, a diferencia de los sistemas legales nacionales, en los que la obsolescencia de la legislación casi siempre requiere la intervención activa de los legisladores, en los contratos mercantiles transnacionales las comunidades empresariales pueden superar las normas legislativas obsoletas mediante la introducción de usos divergentes. La sustitución es claramente inadmisibles para las normas imperativas. Por lo tanto, los usos solo pueden sustituir las normas supletorias en los instrumentos jurídicos transnacionales, que abarcan tanto las normas blandas como las duras. Estas alternativas a menudo surgen cuando las normas de la CCI difieren de los principios o lineamientos elaborados por organizaciones internacionales¹⁰⁴.

Las funciones interpretativas y para colmar los vacíos operan en ambas direcciones. En relación con los principios de los contratos mercantiles, no solo pueden colmar los vacíos dejados por las convenciones, sino que también pueden colmar los vacíos de los modelos de contratos y cláusulas contractuales redactados por organizaciones privadas y aplicados por las partes¹⁰⁵.

VII. Coevolución por elección. Regímenes de entrada y salida en contratos mercantiles transnacionales

La coevolución opera no solo a través de la cooperación de las organizaciones internacionales, sino también de las elecciones de los comerciantes. El sistema actual de

104 Goode, R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", cit., 5: "la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Standby, cuya gran mayoría de disposiciones son puramente dispositivas, generalmente será desplazada por las Costumbres y Prácticas Uniformes para Créditos Documentarios (UCP) o las Reglas Uniformes para Garantías a la Demanda (URDG), no vinculantes, emitidas por la Cámara de Comercio Internacional, algunas de las cuales es probable que se incorporen al contrato respectivo".

105 *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit., 78: "353. Los adjudicadores también pueden recurrir a los UPICC para cerrar las brechas en los regímenes de derecho contractual nacional e internacional. Tanto en el contexto nacional como en el internacional, la permisibilidad del cierre de brechas con referencia a los UPICC depende de las normas y principios pertinentes sobre la metodología y los límites del cierre de brechas. En la CISG, por ejemplo, la norma relevante es el artículo 7, párrafo 2 (véanse los párrs. 127-132 *supra*). Artículo 35, párrafo 1 (c), de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Chino-Europeo. IV. Derecho sustantivo de las compraventas internacionales. Establece que aquellas cuestiones relativas a materias regidas por la Convención que no estén expresamente resueltas en ella "se resolverán de conformidad con los principios generales en que se basa". Los principios generales a los que se refiere el artículo 7, párrafo 2, son normas generales que impregnan toda la Convención, o al menos una parte importante de sus disposiciones. Podría decirse que no son numerosos, y los UPICC más detallados sí representan una compilación de dichos principios generales. No obstante, tanto la CISG como los UPICC se basan en gran medida en las mismas fuentes, y al menos algunas de las normas contenidas en los UPICC son reformulaciones de los principios generales del derecho mercantil internacional en los que, entre otros, se basa la CISG. La CNUDMI ha recomendado formalmente el uso de los UPICC para los fines previstos y estos fines, tal y como se establece en el preámbulo de los UPICC, incluyen el uso de los UPICC para "complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme".

derecho contractual mercantil transnacional se organiza en torno a una combinación de *opt-in* y *opt-out*. La determinación de las normas que definen el *opt-in* y *opt-out* es funcional a la coevolución de los sistemas jurídico y consuetudinario. Si las partes pueden pasar libremente de las normas supletorias jurídicas a las normas consuetudinarias sin las barreras que representan los costos de transacción, los incentivos estratégicos y las externalidades, la coevolución será efectiva. Si las barreras de entrada y salida son elevadas, prevalecerá la rigidez, el acceso a normas alternativas será costoso y los dos sistemas no coevolucionarán, o lo harán más lentamente.

¿Cómo funciona el mecanismo de elección? Al principio, las partes tienen que optar por aplicar (*opt in*) el instrumento de derecho mercantil transnacional, la CISG, los PICC, o ambos. Una vez que hayan optado por aplicar el instrumento transnacional, los usos comerciales entran al contrato como un término contractual implícito. Si a las partes no les gustan los usos, pueden optar por no aplicar el término implícito, incorporando en su lugar un uso comercial diferente. Pero el actual mecanismo de término implícito tiene limitaciones. La necesidad de un uso comercial de *opt-in* explícito puede surgir cuando existen múltiples usos divergentes, por ejemplo, usos comerciales generales definidos por la CCI y la industria, o usos específicos de la cadena de suministro. En tal caso, sería deseable un sistema de *opt-in* doble en lugar del actual mecanismo de término implícito. Las partes deben optar por aplicar el régimen jurídico transnacional, por ejemplo, elegir los PICC, desviarse de la norma supletoria en el régimen, y optar explícitamente por aplicar la norma consuetudinaria específica que desean.

VIII. *Opt-in* de normas consuetudinarias específicas: distinción entre derecho mercantil transnacional duro y blando

Las normas supletorias se encuentran tanto en instrumentos de derecho mercantil duros como blandos¹⁰⁶. En ambos casos, la costumbre puede prevalecer sobre la norma supletoria, ya que son términos implícitos. ¿Hay alguna diferencia en la relación entre las normas supletorias duras y blandas? En otras palabras, ¿optar por no aplicar una norma supletoria dentro de un régimen transnacional de derecho duro como la CISG es diferente de optar por no aplicar una norma supletoria dentro de un régimen transnacional de derecho blando como los PICC?

Las normas supletorias son rígidas. Incluso si pueden cambiarse libremente, las partes tienden a adherirse a ellas debido, entre otras cosas, al sesgo del *statu quo*¹⁰⁷. Pero el grado de rigidez también depende de si el *opt-out* es individual o colectivo, y

106 Sobre las propiedades de las normas supletorias, véase Ayres, I. y Gertner, R., "Filling Gaps in Incomplete Contracts", cit., 87; Ayres, I. y Gertner, R., "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules", *Yale Law Journal*, 101(4), 1992, 729; Ayres, I. y Gertner, R., "Majoritarian vs. Minoritarian Defaults", *Stanford Law Review*, 51(6), 1999, 1591.

107 Korobkin, R., "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", cit., 608.

la decisión de *opt-in* de las partes del régimen se caracteriza por la existencia de externalidades de red positivas¹⁰⁸. La mayor parte de la literatura sobre la rigidez de las normas supletorias se centra en el *opt-out* individual. Aquí, en cambio, la atención se centra en el *opt-out* colectivo. Convencionalmente, la rigidez de la norma supletoria se ha asociado con costos de transacción, incentivos estratégicos y externalidades de red¹⁰⁹. La afirmación aquí es que, a diferencia del *opt-out* individual, en el *opt-out* colectivo podría haber una reducción de los costos de transacción y un aumento de las externalidades de red, superando la rigidez de su norma supletoria.

El *opt-out* colectivo puede ahorrar costos de transacción. Está determinado por una comunidad que quiere utilizar una norma diferente en la actividad comercial llevada a cabo por sus miembros. La norma que las partes optan por aplicar generalmente ya se ha definido cuando se produce el *opt-out*. Por lo tanto, es posible que el costo de definir la nueva norma ya haya sido asumido por la organización que optó por no aplicarla, de modo que las personas no asuman ningún costo derivado del *opt-out*. Lo mismo es cierto para la contratación de la cadena de suministro¹¹⁰. La mayor parte de la contratación de la cadena de suministro se realiza a través de formularios contractuales estándar, y la conveniencia o no de las normas supletorias es una decisión del redactor (por ejemplo, el líder de la cadena) y no una decisión de negociación entre las partes contratantes a lo largo de la cadena¹¹¹. Por lo tanto, la mayor parte de la literatura relacionada con la asignación de costos de contratación fuera de las normas supletorias no es relevante aquí. La decisión unilateral de *opt-out* del líder de la cadena en los TCG reduce drásticamente los costos de transacción para las partes individuales que pertenecen a las cadenas de suministro. Por lo tanto, la coevolución de la costumbre y la norma supletoria debe investigarse a la luz de las razones y los impactos del *opt-out* colectivo.

Las normas supletorias de los instrumentos de derecho duro son más rígidas que las de los instrumentos de derecho blando. Las normas consuetudinarias contribuyen a superar la rigidez de la norma supletoria en los instrumentos de derecho duro. Las normas supletorias son rígidas cuando las partes no optan por no aplicarlas, incluso si tienen un interés racional en usar la norma consuetudinaria¹¹². Sin embargo, también son más rígidas ya que la modificación del instrumento transnacional requiere procedimientos más largos y complicados. El desarrollo de usos comerciales puede facilitar el *opt-out* y reducir la rigidez de la norma supletoria. Los usos comerciales

108 Esto significa que los beneficios de elegir la norma consuetudinaria no se limitan a la transacción individual sino que consisten también en participar en una red cuyas normas comerciales son definidas por la propia comunidad. Este es ciertamente el caso de la red del mundo pequeño, pero no se limita a eso. Véase Bernstein, L. "Contract Governance in Small World Networks: The Case of the Maghribi Traders", *Northwestern University Law Review*, 113(5), 2019, 1009.

109 Ben-Shaar, O. y Pottow, J. A. E., "On the Stickiness of Default Rules", cit., 651.

110 Cafaggi, F. y Imiceli, P., "Regulating Contracting in Global Value Chains", cit., 44.

111 *Ibíd.*, 54.

112 Ben-Shaar, O. y Pottow, J. A. E., "On the Stickiness of Default Rules", cit., 651.

pueden transformar una norma supletoria mayoritaria en una norma supletoria minoritaria cuando la mayoría de las comunidades de comerciantes opten por no aplicar la norma supletoria y desplieguen sus propios usos.

Las normas supletorias de los instrumentos de derecho blando son menos rígidas que las de los instrumentos de derecho duro. Las modificaciones de los instrumentos blandos son menos complicadas ya que no requieren la intervención de los Estados, por ejemplo, la ratificación. Por lo tanto, pueden reflejar las preferencias de las partes en mayor medida que el derecho duro y seguir la evolución del mercado y los cambios tecnológicos en las diversas industrias. La costumbre, en este caso, no tiene por qué reducir la rigidez de las normas supletorias, sino que simplemente puede contribuir a su evolución. En relación con los instrumentos de derecho duro, la costumbre opera más como una alternativa, mientras que, en relación con los instrumentos de derecho blando, es más probable que funcione como un complemento.

Las ventajas del *opt-out* colectivo también están relacionadas con la existencia de externalidades de red. El argumento de las externalidades de red se ha utilizado para sugerir las dificultades de las partes individuales en el *opt-out*¹¹³. Propongo un argumento de externalidad de red inversa, que estimule en lugar de obstaculizar los *opt-outs*. Cuando hay un *opt-out* colectivo, la organización que define la norma alternativa genera externalidades de red para aquellos que optan por aplicar los usos comerciales. Presumiblemente, para que el *opt-out* resulte atractivo, estas externalidades deben ser mayores que aquellas de las que se beneficiaron las partes al usar la norma supletoria. Entrar en el sistema de normas consuetudinarias diseñado por una asociación comercial define patrones comerciales diferentes de los que están fuera de la asociación y presumiblemente menos eficientes y eficaces¹¹⁴. La asociación comercial que recomienda el *opt-out* puede conferir beneficios a quienes cumplan con sus códigos y garantizar oportunidades comerciales que de otro modo no estarían disponibles. Esto tiene que ocurrir dentro de los límites de los principios del derecho de la competencia. La coevolución de los instrumentos mercantiles transnacionales y la costumbre depende de la elección entre instrumentos de derecho duro y de derecho blando y los diferentes grados de rigidez de las normas supletorias.

Conclusiones

Las normas mercantiles jurídicas y consuetudinarias difieren en cuanto a su origen, naturaleza y efectos, y a menudo se complementan entre sí. El papel de la eficacia

113 Klausner, M., "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", *Virginia Law Review*, 81(3), 1995, 757; Kahan, M. y Klausner, M., "Standardization and Innovation in Corporate Contracting (Or 'The Economics of Boilerplate')", *Virginia Law Review*, 83(4), 1997, 713 (que discute las externalidades de red y los efectos de aprendizaje).

114 Véase Bernstein, L. "Contract Governance in Small World Networks", cit.; Davis, K. E., "The Role of Nonprofits in the Production of Boilerplate", en Ben-Shahar, O. (ed.), *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 120.

es otro punto de diferencia. La definición de normas consuetudinarias refleja la correlación entre validez y eficacia. Una costumbre existe si existe un comportamiento regular observable por parte de la comunidad pertinente. Si la norma no es aplicada por la comunidad de comerciantes, la costumbre cesa. Por lo tanto, la eficacia de la norma consuetudinaria es una condición previa para su validez. Este no es el caso de las normas jurídicas, donde la eficacia no juega un papel en la determinación de su validez. Una norma jurídica es válida si su formación se ajusta a las normas procesales, independientemente de su eficacia.

La evolución de las normas jurídicas y consuetudinarias refleja la diferente sensibilidad al cambio social. Incrustada en la definición de costumbre está la sensibilidad al cambio social y a las prácticas empresariales en el campo de los contratos mercantiles. En contraste, los cambios en la legislación o cambios en las normas dictadas por jueces no son tan sensibles a los cambios sociales, ya que su eficacia no es un requisito de la validez de las normas jurídicas. Mientras que la costumbre se alinea directa e inmediatamente con los cambios sociales, la legislación no lo hace. La coevolución, sin embargo, permite que los cambios sociales afecten la innovación legal impulsada por las modificaciones de las costumbres y los usos comerciales.

Dentro del derecho mercantil transnacional se deben considerar dos distinciones importantes: la que existe entre el derecho duro y blando, y la que existe entre las normas imperativas y las supletorias. La segunda suele pasarse por alto y se ha estudiado mucho menos en relación con el derecho blando. Sin embargo, está claro que incluso dentro de los instrumentos de derecho blando tal distinción juega un papel.

El derecho mercantil transnacional en los últimos años se ha desarrollado a través de principios y directrices de derecho blando¹¹⁵. Las organizaciones internacionales más influyentes implicadas en la redacción de la legislación mercantil internacional han privilegiado los principios del derecho blando frente a las convenciones y tratados¹¹⁶.

Los instrumentos de derecho blando como los PICC del UNIDROIT pueden distinguir entre disposiciones imperativas y supletorias. Por lo tanto, las partes contratantes pueden elegir libremente utilizarlos, pero una vez opten por aplicarlos, están obligadas a cumplir con las normas imperativas dentro del régimen seleccionado. La primera conclusión preliminar es que no hay coincidencia entre normas duras e imperativas y normas blandas y supletorias.

Para comprender la tendencia hacia los instrumentos transnacionales de derecho blando se deben tener en cuenta las preferencias de las coaliciones empresariales, además de las preferencias de los Estados¹¹⁷. Los actores empresariales privados

115 *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit.

116 Block Lieb, S., "Soft and Hard Strategies", cit., 433, 443.

117 Braithwaite, J. y Drahos, P., *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 27; Shaffer, G. C., "How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework", *Connecticut Law Review*, 42(1), 2009, 147, 172; Pawelyn, J.; Woiters, I. y Wessels, R., *Informal International*

pueden influir tanto en la formación como en la implementación de instrumentos de derecho blando en una medida mucho mayor de lo que pueden hacerlo con el derecho duro internacional¹¹⁸. El derecho mercantil transnacional blando se utiliza para complementar y cerrar las brechas del derecho contractual mercantil tanto internacional como nacional¹¹⁹. Las organizaciones privadas contribuyen a la implementación de normas transnacionales mediante la promulgación de códigos y lineamientos que coevolucionan con el derecho mercantil transnacional¹²⁰. Esta contribución puede ocurrir a través de la cooperación o la elección.

La cooperación institucional, como ocurre a menudo entre la CNUDMI, la UNCTAD, el UNIDROIT y la CCI¹²¹, puede ser formal o informal¹²². La cooperación informal a través de actos unilaterales es tan eficaz como la cooperación formal mediante acuerdos o el instrumento intermedio del memorando de entendimiento. Pero la interacción entre los actores públicos y privados también puede ocurrir a través de las decisiones que toman los comerciantes cuando salen de un régimen y entran en otro diferente.

Por lo tanto, la complementariedad entre las normas jurídicas y consuetudinarias debería tener en cuenta las diferencias entre los instrumentos de derecho duro y blando. Las normas mercantiles jurídicas y consuetudinarias coevolucionan con el tiempo. La costumbre puede colmar los vacíos en los instrumentos transnacionales y especificar las normas cuando el derecho simplemente establece un principio. La complementariedad también se hace operativa a través de mecanismos de acceso que permiten a las partes salir de un régimen y entrar en otro. Esto es cierto no solo en el nivel macro de todo un régimen, sino también en el nivel micro de normas individuales a través de mecanismos de *opt-in* y *opt-out*.

La coevolución opera no solo a través de la cooperación sino también a través de la elección. La coevolución de las normas jurídicas y consuetudinarias está garantizada mediante mecanismos de ingeniería de entrada y salida de las partes de *opt-in* y *opt-out* de las normas mercantiles. Cuanto más fluida sea la posibilidad de que las partes contratantes entren y salgan de cada régimen comercial, más eficaz será la coevolución entre el derecho y la costumbre. Por lo tanto, la coevolución no es el resultado de un proceso dialéctico espontáneo entre los ordenamientos jurídicos estatal y comunitario. Más bien, es el resultado de una arquitectura jurídica que permite a

Law Making, OUP, 2013; Durkee, M. J., "International Lobbying Law", *Yale Law Journal*, 127(7), 2018, 1742.

118 Kingsbury, B. y Stewart, R. B., *Global Hybrid and Private Governance: Standard-Setting, Market Regulation, and Institutional Design*, de próxima publicación en Oxford, Oxford University Press, 2022.

119 Block Lieb, S., "Soft and Hard Strategies", cit., 433, 474.

120 *Ibíd.*, 474-475.

121 Por ejemplo, los INCOTERMS producidos y actualizados por la CCI se mencionan en una serie de instrumentos que incluyen el derecho duro y blando.

122 *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts*, cit.

las partes optar por aplicar o no un sistema para entrar en otro. El uso del *opt-in* y el *opt-out* colectivos refuerza los mecanismos coevolutivos dado que reduce los costos de transacción –una barrera para la coevolución– y puede aumentar las externalidades positivas. Cuando las asociaciones comerciales o los líderes de la cadena de suministro optan por no aplicar los regímenes jurídicos transnacionales y definen la norma del *opt-in*, reducen tanto los costos de negociación del cambio como los de selección de las normas óptimas para una gran cantidad de transacciones. Existen economías de escala y de alcance.

Pero los costos de transacción no son las únicas barreras a la coevolución entre las normas mercantiles supletorias jurídicas y las normas mercantiles consuetudinarias. El grado de rigidez de las normas supletorias también puede afectar la coevolución. La coevolución puede estimularse mediante instrumentos que reduzcan la rigidez y favorezcan las elecciones de las partes, reflejando sus preferencias.

La distinción entre normas mercantiles supletorias jurídicas y normas mercantiles consuetudinarias tiene consecuencias para la dinámica del cambio en el derecho mercantil transnacional. Las normas jurídicas y las normas consuetudinarias relacionadas con el comercio coevolucionan con el tiempo a través de la cooperación y la elección. Las causas de los cambios son múltiples e independientes, pero el cambio de normas jurídicas tiene efectos sobre las normas consuetudinarias y viceversa.