

# HAYEK VS. KELSEN: EL FUNDAMENTO LIBERAL DE LA LEX MERCATORIA \*

## HAYEK VS. KELSEN: THE LIBERAL FOUNDATION OF THE LEX MERCATORIA

Fabio Núñez del Prado \*\*

Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Universidad Carlos III de Madrid

*How are commercial rules created? Should they be created in a constructivist way or are they created rather through a spontaneous order? Should Kelsen's positivism prevail in commercial law? Should sectorial rules of risk allocation be included in a Civil Code?*

*The present article answers with effectiveness each one of these questions with the purpose of demonstrating that in commercial law the source par excellence should be the Lex Mercatoria.*

**KEY WORDS:** Constructivism; Custom, sources of law; Hayek; Kelsen; Lex Mercatoria; law; spontaneous order; social order; planning; positivism; praxeology; risk.

*¿Cómo se crean las normas comerciales? ¿Deben ser creadas de forma constructivista o se crean más bien mediante un orden espontáneo? ¿Tiene sentido que el positivismo kelseniano prevalezca en el derecho comercial? ¿Tiene sentido que se recojan en un Código Civil normas sectoriales de asignación de riesgos?*

*El presente artículo responde con contundencia cada una de estas interrogantes con el propósito de demostrar que en el derecho comercial la fuente por excelencia debería ser la Lex Mercatoria.*

**PALABRAS CLAVE:** Constructivismo; Costumbre; fuentes del derecho; Hayek; Kelsen; Lex Mercatoria; ley; orden espontáneo; orden social; planificación; positivismo; praxeología; riesgo.

\* El autor desea agradecer especialmente a Alfredo de Jesús, socio de la firma Alfredo de Jesús O, y a Jose Ricardo Feris, socio de Squire Patton Boggs y ex Secretario General adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [en adelante, CCI]. Durante el internship que realicé en la CCI, no solo me presentaron el mundo de la *Lex Mercatoria*, sino que me transmitieron la pasión que sentían al estudiar este tema. Tuve el honor de poder ayudarlos a preparar el *position paper* titulado "*The New World Order of Economic Relations in the Light of Arbitral Jurisprudence*" presentado para la histórica Conferencia de Beaune que se realizó en septiembre de 2014. Tanto Alfredo como Jose Ricardo son de las más reconocidas autoridades sobre temas relativos a la Lex Mercatoria en el mundo.

\*\* Abogado. Candidato a LL.M. por Yale University. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad ESAN. Miembro de la asociación internacional Arbitration Academy, del Chartered Institute y del Club Español de Arbitraje. Asociado del área de arbitraje internacional de Uría Menéndez.

*"Intelligent beings may have laws of their own making; but they also have some which they never made"*

Montesquieu, De l'Esprit des lois, I, p. i

## I. LA NATURALEZA LIBERAL DE LA LEX MERCATORIA

Cuando pensamos en el adversario intelectual de Hayek por excelencia se nos viene a la mente inmediatamente Keynes. No podría ser de otra manera, ya que ambos tenían una visión absolutamente antitética con respecto a hasta qué punto los gobiernos deben intervenir en la economía. Si bien las divergencias entre ambos se centran en aspectos muy técnicos como la política monetaria, la inflación, el desempleo y el gasto público; podemos simplificar su línea de pensamiento señalando que mientras Keynes era enfático al señalar que la economía de mercado generaba excesos y, por ende, el gobierno debía intervenir; para Hayek los mercados se autorregulan.

Quizá el concepto más importante que distingue a ambos economistas es el de "planificación". Muchos piensan que Hayek estaba en contra de la planificación; lo que es inexacto. Hayek en realidad estaba a favor de la planificación, sin embargo, la cuestión que irremediamente lo enfrenta a Keynes es la de quién debe llevar a cabo dicha planificación (Hayek, 1945, p. 519-520). Así pues, mientras Keynes sostiene que la planificación ha de realizarse centralizadamente para todo el sistema económico a través de una única autoridad; Hayek sostiene que ésta debe dividirse entre una pluralidad de individuos que mediante su accionar crean espontáneamente órdenes sociales<sup>1</sup>. En ese sentido, mientras el primero estaba a favor de la planificación centralizada, el segundo estaba a favor de la planificación descentralizada.

Ahora bien, resulta de extrema relevancia analizar el concepto de "praxeología". Es difícil entender la teoría liberal sin comprender cabalmente este

concepto. La praxeología no es exactamente una ciencia, sino más bien una metodología que busca aproximarse a la estructura lógica de la acción humana. De esta manera, centra su análisis en el individuo y asume como premisa que el ser humano tiene una racionalidad perfecta (Voltaire, sin fecha, p. 432)<sup>2</sup>.

Si bien el término "praxeología" fue acuñado por primera vez por el filósofo alemán Clemens Timpler, se le asocia con mucha frecuencia a intelectuales de la escuela austriaca como Ludwig Von Mises y Friedrich Von Hayek. En efecto, Hayek explica que la acción de los individuos interesados únicamente en su propio bienestar —a pesar de que no están deliberadamente intentando hacerlo— crean accidentalmente un orden social. El orden social se autogenera. Ni está dado por necesidad natural ni es producto arbitrario de la sociedad (Gherzi, 2005, p. 61). Aunque suene un poco curioso, Hayek sugiere que la aparición espontánea del orden surge de un aparente caos.

En relación a la praxeología, Hayek (1970) se ha pronunciado en los siguientes términos:

Lo que quiero demostrar es que los hombres nunca están guiados en su conducta exclusivamente por la comprensión de las conexiones causales entre los medios específicos conocidos y ciertos objetivos deseados, **sino que también lo están por reglas de conducta de las cuales rara vez están conscientes, y que por cierto no inventaron conscientemente** [el énfasis es nuestro] (p. 90).

En ese sentido, los economistas de la escuela austriaca argumentan que el orden social en realidad no se crea —como se suele pensar— de forma deliberada, sino, muy por el contrario, accidentalmente. De alguna manera, la acción humana se ve impulsada por esa mano invisible a la que se refería Adam Smith; una mano invisible y, a la misma vez, mágica, puesto que crea órdenes sociales<sup>3</sup> (Smith, Nueva York, 1937).

<sup>1</sup> Hayek sostiene que "por planificación se entiende necesariamente planificación centralizada, es decir, dirección de la totalidad del sistema económica de acuerdo con un plan unificado. Por otro lado, se entiende por competencia la planificación descentralizada a cargo de muchas personas por separado". Anterior cita, p. 1.

<sup>2</sup> Al respecto, Voltaire ha señalado "si queréis buenas leyes, quemad aquellas que tenéis y dictaos otras nuevas". Contra semejante convicción, el gran crítico del racionalismo, David Hume, sólo pudo elaborar lentamente los fundamentos de una teoría verdadera del crecimiento de las estructuras sociales, la cual fue más desarrollada por sus compatriotas escoceses Adam Smith y Adam Ferguson, en una teoría de los fenómenos que sería "el resultado de la acción humana, pero no de la concepción humana".

<sup>3</sup> En ese sentido, Adam Smith ha señalado que "en general cada individuo ni trata de promover el interés público, ni sabe en qué medida lo promueve. Cuando prefiere apoyar la industria doméstica sobre la industria extranjera, busca su propia seguridad; y cuando dirige esta industria de tal manera que su producto sea del mayor valor posible, busca su propia ganancia. En este caso, como en muchos otros, es dirigido por una mano invisible para promover un objetivo que no fue parte de sus intenciones. No es siempre malo para la sociedad que este objetivo no fuera intencional. Mientras está persiguiendo sus propios intereses, contribuye más a los intereses de la sociedad que cuando quiere promoverlos intencionalmente. Nunca he visto muchos logros de aquellos que pretenden comerciar para el bienestar público".

En ese sentido, el profesor Carl Menger ha señalado que “el origen, la formación y desarrollo de todas las instituciones sociales (incluido el Derecho) **es esencialmente el mismo orden espontáneo que Adam Smith describió para los mercados** [el énfasis es nuestro].” (Menger, 1963, p. 101).

Como se puede apreciar, los órdenes sociales no se crean de forma planificada, sino más bien mediante un orden espontáneo. El ejemplo que se utiliza por antonomasia es el lenguaje. Ningún órgano planificador creó el lenguaje. Los miles de idiomas y dialectos que existen en el mundo fueron creados mediante un proceso espontáneo, fruto de la acción humana. Sobre este particular, Hayek (1970) explica que:

**Nos basta considerar el lenguaje, que hoy día nadie piensa que fue “inventado” por un ser racional**, para ver qué razón y civilización se desarrollan en constante interacción mutua. Pero aquello que ahora no cuestionamos en relación al lenguaje (aun cuando esto es comparativamente reciente) no es de modo alguno aceptado respecto de la moral, la ley, las destrezas de la artesanía o de las instituciones sociales. Estamos aun fácilmente propensos a dar por sentado que estos fenómenos, **que son evidentemente el resultado de acciones humanas, también deben haber sido concebidos por una mente humana en circunstancias creadas para los objetivos que le son útiles**, es decir, que son lo que Max Weber llamaba los productos *wert-rationale*. En síntesis, se nos induce erróneamente a pensar que la moral, la ley, las artes y las instituciones sociales pueden justificarse sólo en cuanto correspondan a un propósito preconcebido [el énfasis es nuestro] (p. 90).

Lo anterior no quita, sin embargo, que sería deseable que exista un idioma universal. Todos alguna vez lo hemos pensado. Ciertamente, el mundo sería más sencillo si todos pudiésemos comunicarnos con todos (aunque menos rico culturalmente hablando, ciertamente). La pregunta, entonces, no es si dicho escenario sería deseable o no. En realidad, la pregunta que debemos formularnos es si es posible que el lenguaje sea creado de forma constructivista. Y la respuesta negativa se impone. De hecho, cuando se intentó crear un idioma universal de forma planificada (*i.e.*, el esperanto) el fracaso fue palmario. Noam Chomsky –probablemente el lingüista más influyente de nuestra época– ni siquiera considera al esperanto como un lenguaje. Y es que el lenguaje se forma a través de un proceso

praxeológico. Se crea a través de la acción humana repetida en el tiempo. Si ese proceso no se da, entonces no es lenguaje por definición.

Existen muchos otros fenómenos que se han desarrollado en el tiempo a través de un orden espontáneo. Decía Adam Ferguson que “muchas de las instituciones humanas son el resultado de la acción humana, pero no del diseño humano”. Este es el caso, por ejemplo, de la evolución de la vida, las reglas de tránsito, la economía de mercado, el sistema de precios, el dinero y muchas otras reglas sociales como la existencia de las colas para entrar a un determinado lugar<sup>4</sup>.

Ninguno de los ejemplos anteriormente expuesto fue creado de forma constructivista. Todos y cada uno de ellos fue creado de forma espontánea. No podrían haber sido creados por una mente individual porque nadie es lo “suficientemente inteligente para hacerlo” (Hayek, 1978, p. 32). De ahí que Hayek haya señalado que “la razón de esta insuficiencia estriba en que los «data» de los que parte el cálculo económico no están, y nunca pueden estar, «dados» para una mente individual que pueda establecer las implicaciones para el conjunto de la sociedad” (Hayek, 1945, p. 519-520).

La creación de los órdenes sociales está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias del que tenemos que hacer uso nunca se da de una forma concentrada o integrada, sino solamente como fragmentos dispersos de un conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio que todos los individuos poseen por separado (Hayek, 1945, p. 519).

Sobre el particular, el profesor Ferrero (1942) se ha pronunciado en los siguientes términos:

There seems to be only one solution to the problem: **that the elite of mankind acquire a consciousness of the limitation of the human mind**, at once simple and profound enough, humble and sublime enough, so that Western civilization will resign itself to its inevitable disadvantages [el énfasis es nuestro] (p. 1).

Aunque parezca extraño, la formación de las normas no se encuentra muy alejada de la formación del lenguaje o de cualquiera de los ejemplos anteriormente reseñados. Al contrario, *mutatis mutandi*, se forman siguiendo el mismo proceso. Lo cierto, sin embargo, es que siempre hemos vivido bajo el paradigma de que las normas deben ser

<sup>4</sup> Menger, por ejemplo, sostenía que el dinero era institución social producto de la acción humana, mas no de la voluntad humana.

creadas de forma constructivista, por lo que siempre hemos pensado que la producción legislativa debe estar centralizada y jerarquizada. De ahí que Kelsen —el máximo precursor del constructivismo con respecto a la formación de normas— acuñó el término “derecho positivo”, el mismo que significa “derecho puesto”<sup>5</sup> (Kelsen, 2009, p. 19).

De acuerdo al positivismo, las normas que están puestas —como las contenidas en la Constitución y en las leyes— tienen más valor que las que no lo están. Así, la costumbre y los usos pasan a ser fuentes que se encuentran en un segundo plano<sup>6</sup>.

Esa es precisamente la razón por la cual la figura más emblemática de Kelsen es una pirámide en que las fuentes de derecho que se encuentran más apegadas al vértice son precisamente la Constitución y las leyes. La costumbre, desde un punto de vista positivista, constituye una fuente del derecho secundaria. Sobre este particular, Kelsen (2009) ha señalado que:

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales (p. 110).

En ese sentido, el profesor Ghersi (2010) explican-do a Kelsen ha señalado que:

Para el positivismo las “fuentes del derecho” estarán ordenadas lógicamente y racionalmente de una cierta manera. En el caso del positivismo kelseniano, por ejemplo, se llegará, inclusive, al extremo de suponerse que no existe una pluralidad de “fuentes de derecho”, ya que sólo la ley es capaz de tener tal condición. **No es compatible, pues, con la visión positivista, más radical, sugerir que existen varias “fuentes del derecho”, sino tan solo una, y las demás supuestas “fuentes del derecho”, solo lo son en tanto y en cuanto son compatibles con la ley.**

En la medida que no lo son, dejan de ser “fuentes del derecho [el énfasis es nuestro] (p. 4).

En nuestra opinión, esta estructura constructivista y jerarquizada para la construcción de normas ha perjudicado el desarrollo del derecho comercial. Las normas comerciales, en realidad, no son una invención del legislador, sino el resultado de un proceso praxeológico.

Sobre el particular, el profesor Ghersi (2010) ha señalado lo siguiente:

Siendo el orden social descentralizado y competitivo, y **teniendo un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, siendo por consiguiente praxeológico, es muy claro que las “fuentes del derecho” también tienen que conservar esa característica [el énfasis es nuestro] (p. 8).**

Está claro que las normas son instituciones sociales que ya funcionaban antes de que existiesen, o si quiera fueran concebidas, las leyes del Estado. Rothbard, por ejemplo, ha señalado que “todo el derecho mercantil fue desarrollado por tribunales comerciales privados, no por el Estado ni en cortes estatales, y el gobierno se hizo cargo de él mucho después” (Rothbard, 2012, p. 301). Así pues, la idea de que las normas deben ser producto de la voluntad del legislador es una falacia propia del constructivismo que colisiona frontalmente con el proceso espontáneo que caracteriza su formación.

En ese sentido, Hayek (1998) ha señalado lo siguiente:

To modern man, on the other hand, the belief that all law governing human action is the product of legislation appears so obvious that the contention that law is older than law-making has almost the character of a paradox. **Yet there can be no doubt that law existed for ages before it occurred to man that he could make or alter it.** In the form in which it is now widely held, however, namely that all law is, can be, and ought to be, the product of the free invention of a legislator, it is factually false, an erroneous product of that constructivist rationalism which we described earlier. **We shall later see that the whole conception of legal positivism which derives all law from the will of a legislator is a product of the intentionalist fallacy characteristic of constructivism, a**

<sup>5</sup> Sobre el particular, Kelsen ha señalado que “el derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido “puestas” o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo”.

<sup>6</sup> En relación a la costumbre, el profesor Aftalión ha señalado que “la costumbre jurídica es la repetición de conducta en interferencia intersubjetiva”.

**relapse into those design theories of human institutions which stand in irreconcilable conflict with all we know about the evolution of law and most other human institutions** [el énfasis es nuestro] (p. 36).

En el mismo sentido, David Hume (2000) se pronuncia en las siguientes palabras: **“Las reglas sociales son encontradas en base a un método de prueba y error, siendo éste el más adecuado para el trabajo de resolver conflictos de interés [el énfasis es nuestro]”** (p. 316). Muchas podrían pensar que Hayek nunca tuvo un enfrentamiento intelectual con Kelsen. Ello es un craso error. No solamente tuvieron enfrentamientos de índole académica, sino que incluso disintieron presencialmente, ya que Kelsen fue profesor de Hayek en la Universidad de Viena. Por si fuera poco, en un emblemático ensayo titulado “Los errores del constructivismo” Hayek (1970) se pronunció en los siguientes términos:

[Kelsen] nos asevera que “la justicia es una idea irracional”, y continúa: “Desde el punto de vista de la cognición racional, sólo existen los intereses de los seres humanos y en consecuencia los conflictos de interés. La solución de esto puede tener origen ya sea mediante la satisfacción del interés de uno, a costa de aquel del otro, o por una transacción entre los dos intereses existentes. No es posible probar que una u otra solución sea la justa. De esta manera, para Kelsen, la ley es una construcción deliberada que sirve a intereses particulares conocidos. Esto podría ser necesariamente así si tuviésemos que crear de nuevo el conjunto de leyes de la conducta justa. Aun más, le concedo a Kelsen que no podríamos probar positivamente qué es lo justo. Pero esto no excluye nuestra capacidad para decir cuándo una regla es injusta o que, mediante la aplicación persistente de una prueba negativa de la injusticia, no fuéramos capaces de acercarnos progresivamente a la justicia. (p. 102).

Plantear una discusión entre Kelsen y Hayek en la formación de normas, es plantear una discusión entre el constructivismo y el orden espontáneo. Mientras Kelsen sostendría que las normas deben ser diseñadas por el ser humano; Hayek, por su parte, argumentaría que las normas —cuando

menos las comerciales— se forman progresiva y espontáneamente como consecuencia de la acción humana<sup>7</sup>.

Esta distinción con respecto a la formación de las normas es incluso aceptada por Kelsen (2009) quien ha señalado lo siguiente: “Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, **y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho** [el énfasis es nuestro]”. (p. 118). Así, Kelsen asume que las fuentes del derecho se encuentran coordinadas de una cierta manera racional, en la cual existe una subordinación. Así, a juicio de este jurista, el sistema jurídico se encuentra gradualmente estructurado en forma de pirámide, de forma tal que el fundamento de validez de una norma lo constituye otra norma jerárquicamente superior<sup>8</sup>.

Por su parte, Hayek (1998) señala que no es verdad que la validez de las normas se derive de una voluntad centralizada. En ese sentido, argumenta que las normas se vuelven exigibles siempre y cuando cuenten con la aceptación y el respaldo de los ciudadanos:

The logic of the positivist argument would be compelling only if its assertion that all law derives from the will of a legislator did not merely mean, as it does in the system of Kelsen, that its validity is derived from some act of deliberate will, but that its content is so derived. This, however, is factually often not the case. **A legislator, in trying to maintain a going spontaneous order, cannot pick and choose any rules he likes to confer validity upon them, if he wants to achieve his aim. His power is not unlimited because it rests on the fact that some of the rules which he makes enforceable are regarded as right by the citizens,** and the acceptance by him of these rules necessarily limits his powers of making other rules enforceable [el énfasis es nuestro] (p. 61).

Esta confrontación entre leyes y costumbres con respecto a la formación de normas es bien explicada por Benson quien se ha pronunciado en los siguientes términos: “La ley puede imponerse

<sup>7</sup> Al respecto, el profesor Ghersi ha señalado que “si el derecho es consecuencia de la acción humana, de la regularidad en esa acción, de la cooperación voluntaria de las personas, en realidad en toda sociedad hay distintas maneras de producir el derecho”. Ghersi, Enrique. El carácter competitivo de las fuentes del derecho. En el mismo sentido, Benson ha señalado que “los cambios en la ley son consecuencia de una evolución espontánea de las costumbres”.

<sup>8</sup> En ese sentido, García Maynez ha señalado que “la tesis de Kelsen sobre las fuentes formales descansa en la doctrina de la estructuración escalonada del ordenamiento jurídico, puesto que el problema de la vigencia de las distintas normas se resuelve, refiriéndolas a las que condicionan su fuerza obligatoria, del mismo modo, que la de éstas es después referida a otras de grado más alto, hasta que el fin se llega a la suprema, de la cual depende la existencia de todas las restantes”.

coercitivamente desde arriba por alguna autoridad coercitiva, como un rey, un parlamento, un tribunal supremo, o puede desarrollarse desde abajo al ritmo de la evolución de los hábitos y las costumbres” (p. 21). Como es de esperar, nosotros disintimos con Kelsen y estamos de acuerdo con Hayek. El que las fuentes del derecho no estén racionalmente organizadas significa que no son producto deliberado del diseño de ninguna persona en particular. Ahora bien, ello no quiere decir que no tengan una lógica interna. Esa lógica, como veremos, no es racionalista en el sentido de que no la produce una inteligencia deliberada, sino es fruto de la *praxis*. En ese sentido, Hayek (1970) ha señalado que:

“Esta explicación, factualmente errónea, de la cual el constructivismo deriva consecuencias y exigencias de tan largo alcance y requerimientos, parece obligar a aceptar que el complejo orden de nuestra sociedad moderna se debe exclusivamente **a la circunstancia de que los hombres han sido guiados en sus acciones por la prudencia, por una comprensión de la conexión causa y efecto, o que por lo menos puede haber surgido a partir de un diseño** [el énfasis es nuestro]” (p. 90).

Ludwig Von Mises acuñó para describir a este proceso el neologismo “praxeológica”. Este autor argumenta que la acción no deliberada de las personas se rige por una lógica praxeológica. No se rige por un plan deliberado de un grupo de personas con escasa información (Mises, 2015, p. 13).

En nuestra opinión, en el mundo de las relaciones económicas internacionales, la pirámide de Kelsen está de cabeza. No es verdad que las normas comerciales más importantes deban ser aquellas diseñadas en sala cerrada por un grupo de legisladores. Tampoco es cierto que las fuentes del derecho –y, por ende, el sistema jurídico– tenga cierta coordinación racional. Menos aún que –como sostienen los positivistas acérrimos– que existe una fuente de derecho prevalente que es la ley.

Estos son mitos que la historia ha dado como ciertos. Y como nuestro propósito siempre ha sido desmitificar mitos, a continuación probaremos que al menos en el derecho comercial, la fuente de derecho por antonomasia debería ser la *Lex Mercatoria*. Al igual que el profesor De Jesús, demostraremos que “*nowadays Kelsen’s legal positivism is in frank decadence*” (De Jesús, 2012, p. 27). En el derecho comercial la pirámide normativa constituye, pues, un auténtico error (Gherzi, 2005, p. 61).

## II. ¿CÓMO ES CREADA LA LEX MERCATORIA?

### A. La formación de la costumbre

Quizá vale la pena traer a colación aquí una emblemática frase de Savigny: “El derecho tiene el carácter esencialmente popular, nacional, humano. **El derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo** [el énfasis es nuestro]” (s/f, pp. 13-14). Debemos recordar aquí que antes que exista el Derecho tal y como lo entendemos hoy en día, el orden jurídico –al igual que cualquier otro orden social– se creaba espontáneamente. Así pues, eran las prácticas o comportamientos sociales que se repetían con características de generalidad, uniformidad, constancia, frecuencia y publicidad, lo que creaba en las personas la conciencia de que una determinada conducta era obligatoria y exigible (Auerbach, 1983, p. 113). Al final ciertamente podía haber más de una práctica, pero predominaba finalmente la que era más eficiente. Sobre el particular, Benson (2000) ha señalado que:

Los mercados coordinan las interacciones sociales, tal y como hace el Derecho basado en la costumbre. Esto es así porque hay procesos de coordinación más eficientes que otros, y los más eficientes reemplazan a los menos eficientes [...]. El Derecho Mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural [...]. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto (pp. 23, 26, 45).

Como se puede apreciar, para que un uso se convierta en costumbre, además de ser observado, tiene que ser socialmente deseable. Por ello, los clásicos dicen que para que haya costumbre debe haber inveterada *consuetudo* y *opinio necessitatis*, i.e., un elemento subjetivo compuesto por el uso dilatado en el tiempo y un elemento objetivo constituido por el reconocimiento espontáneo de su validez (Gherzi, 2005, p. 61).

Como bien señala el profesor Gherzi (2005):

La costumbre de suyo no existe siempre. Se forma con el tiempo. Supone una regularidad de comportamiento social. Es, en ese sentido, un producto histórico. Para que tal regularidad empiece a producirse se requiere que un determinado comportamiento adquiera una cierta masa crítica que lo haga socialmente relevante (p. 62).

La costumbre se respeta, entonces, no porque la respalden instituciones o individuos poderosos, sino porque cada sujeto advierte los beneficios de

comportarse de acuerdo con lo que otros esperan de él, siempre que éstos también se comporten como él espera (Hayek, 1998, p. 85).

En otras palabras, si una minoría impone las leyes coercitivamente, desde arriba, entonces esas leyes requerirán mucha más coacción de la que se necesita cuando las leyes se elaboran desde abajo por medio de mutua aceptación y respeto. El reconocimiento del deber de respetar y hacer cumplir la ley en un sistema consuetudinario tiene su origen en la reciprocidad. Es decir, los individuos, en su propio beneficio, deben intercambiar mutua aceptación de ciertas reglas (Benson, 2000, p. 22).

Como bien señala Benson (2000):

Unas personas observan que otras se comportan de una determinada manera en una nueva situación, y adoptan una conducta similar, reconociendo que es beneficioso evitar la confrontación. Las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas evolucionan, similarmente, sobre el beneficio mutuo (p. 24).

Es la reiteración de las conductas en el tiempo lo que logra que los habitantes de una determinada sociedad tengan expectativas con respecto a la forma en que sería deseable que todos se comporten. Y es que es evidente que las personas deben tener incentivos para acatar normas de conducta; de lo contrario, las normas serían obsoletas (Benson, 2000, p. 21).

En palabras de Hayek (1998):

La importancia de las costumbres es que dan lugar a las expectativas que guían a la gente en sus actos, y lo que se considera como vinculante será, por consiguiente, la observancia de esas prácticas con las que todo el mundo cuenta y que condicionan el éxito de tantas actividades (p. 96-97).

La costumbre, por ende, no se crea, sino más bien se descubre. Tal y como señala Benson, “este pro-

ceso debe contemplarse como un proceso de descubrimiento del Derecho más que de creación del mismo” (Benson, 2000, p. 329).

## B. La formación de la *Lex Mercatoria*: la costumbre en el derecho comercial

La primera premisa de la que debemos partir es que el Derecho es un orden social fruto de la acción humana. Una vez comprendido esto, la discusión se simplifica y regresamos, una vez más, al viejo debate de si el orden se debe generar a través de una ingeniería social centralizada o de forma espontánea.

Pues bien, si pensamos que el orden social se genera externamente a la sociedad, esto es, si alguien es el que le da el orden a la sociedad como fruto de una inteligencia superior, de la autoridad o de la fuerza, es lógico suponer que el derecho se origina monopólicamente (Gherzi, 2010, p. 7). Por su parte, si pensamos que el orden no se diseña, sino más bien se desarrolla espontáneamente; si pensamos que el orden no es producto de la voluntad humana, sino más bien de la acción humana; pues inevitablemente llegaremos a la conclusión de que el orden es intrínseco a la sociedad (Gherzi, 2010, p. 7).

A diferencia de los iusnaturalistas y los positivistas, en nuestra opinión, el derecho comercial es producto de la acción humana, por lo que encuentra sustento en una pluralidad de fuentes<sup>9</sup>. La *Lex Mercatoria*, entonces, no se crea en los términos en que se crea una ley<sup>10</sup>. Como señala Bullard, “la *Lex Mercatoria* fue y es creada todos los días por los comerciantes” (Bullard, 2007, p. 87).

Así, cuando las partes celebran contratos y asignan riesgos recurrentemente de una determinada manera, están emitiendo votos. Y son los constantes votos de las partes de los contratos repetidos en el tiempo lo que determina la formación progresiva de las normas. Al fin y al cabo, desde un punto de vista económico, los contratos no son más que una distribución de riesgos.

<sup>9</sup> Sobre este particular, el profesor Gherzi ha señalado que “tanto jusnaturalismo como positivismo comparten la idea de que las fuentes están ordenadas jerárquicamente desde un cierto punto hacia las demás. Los jusnaturalistas lo llaman ley natural; los positivistas, ley positiva. Sea como fuere, en ambos casos se cree que el derecho tiene un origen monopólico y racional. Proviene de un lugar. Se abreva de una fuente”.

<sup>10</sup> No es nuestro propósito en el presente ensayo argumentar que todo el derecho se crea de forma praxeológica. Como veremos más adelante, ello dependerá de si la norma concreta es un bien público o es un bien privado. En el caso del derecho penal, por ejemplo, es evidente que las normas no se crean de forma praxeológica porque no existe un mercado que las cree espontáneamente. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el derecho administrativo. Es evidente que en estos casos el derecho no es fruto de la interacción social y, por ende, debe ser el Estado quien ponga las reglas de juego. Existen otras ramas del derecho –que no son objeto del presente trabajo– en que la cuestión se complejiza. Las normas laborales, por ejemplo, son bienes privados; sin embargo, no fueron creadas de forma praxeológica. Fueron creadas más bien por decisión del Estado. De alguna manera, desde la teoría económica, las normas laborales son normas inalienables. ¿Deben existir? Ese es un debate que excede con creces el alcance del presente trabajo.

Como todos los comerciantes votan, la decisión con respecto a cómo se asignan los riesgos de un determinado contrato es absolutamente democrática. No se parece en absoluto a la propuesta Kelseniana en que un grupo de individuos –con frecuencia poco preparados– pueden subrogarse en el rol de millones de personas y decidir en sala cerrada y con criterios poco claros cómo deben ser asignados los riesgos de los contratos de diversos sectores económicos, i.e., contratos sectoriales<sup>11</sup>.

Así, nosotros defendemos la aplicación de la *Lex Mercatoria* en el terreno comercial como auténticos defensores de la democracia en todas las esferas de la vida del ser humano. No entendemos por qué de forma autoritaria el legislador debe dictarle a las partes cómo deben distribuir sus riesgos en un determinado contrato. Eso es lo bueno de defender la existencia de un sistema de mercado para la producción de normas. A diferencia de las normas diseñadas por un legislador, la *Lex Mercatoria* tiene siempre legitimidad frente a la sociedad. No podría ser de otra manera, ya que no es impuesta por nadie.

Y lo cierto es que como los votos de las partes son dinámicos y cambian con relativa frecuencia, no tiene sentido que un legislador diseñe normas comerciales porque lo que va a terminar logrando es crear candados sin clave casi imposibles de abrir. Todos somos conscientes de la difícil que es enmendar, por ejemplo, un Código Civil.

En el Perú hemos tenido el mismo Código Civil desde hace más de 30 años. En tal sentido, cabe preguntarnos: ¿Es que acaso durante ese lapso las necesidades de los comerciantes no han cambiado? Por supuesto que sí. Sus necesidades cambian todo el tiempo; mucho más rápido de lo que pensamos. Diseñar una norma mediante la cual se distribuyen riesgos es crear un candado sin clave que se mantendrá cerrado durante años. Este, en nuestra opinión, termina siendo un claro ejemplo de fatal arrogancia.

Como se puede apreciar, la *Lex Mercatoria* no se produce de forma monopólica y constructivista, sino más bien espontánea. Es flexible por definición y evoluciona con el pasar del tiempo para adecuarse a las nuevas necesidades de los comerciantes<sup>12</sup> (Buchanan, 1972, p. 37). Como señala Rothbard, “estos principios no fueron decididos en forma arbitraria por ningún rey o legislatura; evolucionaron por siglos mediante la aplicación de principios racionales –y muy a menudo libertarios– a los casos que se presentaban” (Rothbard, 2012, p. 301).

En otras palabras, la *Lex Mercatoria* no tiene un origen racional jerárquicamente organizado, sino más bien praxeológico. Como bien señala Fuller, “la costumbre podría definirse mejor como un lenguaje de interacción” (Fuller, 1981, p. 213).

Sobre el particular, el profesor Ghersi (2010) ha señalado lo siguiente:

Así como hemos sugerido que el concepto de orden social implícito en el derecho jusnaturalista o en el derecho positivista parte del principio de que el orden social es impuesto exteriormente a la sociedad, **queremos proponer en estas líneas que la idea de que el orden social existe intrínsecamente en la sociedad, que es espontáneo y es consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana. Si partimos de la presunción de que el orden social se genera espontáneamente, es intrínseco en la sociedad, no es creado deliberadamente por nadie, sino consecuencia descentralizada de la cooperación entre centenares de millones de personas, cada una tratando de buscar su propio y particular interés, la idea de que el derecho se origina monopólicamente, sencillamente resulta insostenible** [el énfasis es nuestro] (p. 8).

Estando a lo expuesto, cabe preguntarnos: ¿quiénes entonces crean la *Lex Mercatoria*? Se trata de una pregunta compleja porque tiene innumera-

<sup>11</sup> Para efectos del presente artículo, denominaremos “contratos sectoriales” a aquellos contratos que se enmarcan en un sector económico determinado en que se encuentra forjada una práctica comercial de asignación de riesgos. En ese sentido, para la existencia de un contrato sectorial debe existir un mercado relevante en que recurrentemente los comerciantes celebren transacciones sugiriendo cuál es la distribución de riesgos más deseable. El ejemplo por antonomasia es el sector de la construcción en que los comerciantes sugieren todos los días cómo deben ser distribuidos los riesgos cuando celebran contratos de construcción.

<sup>12</sup> Buchanan se pregunta lo siguiente: si se desmantela el Estado, ¿cómo reaparecería el Derecho y cómo sería respetado? ¿Cómo pueden surgir leyes que todo el mundo respeta por su legitimidad? Frente a esta interrogante, responde que “sería necesaria alguna acción colectiva para diseñar un contrato social o una constitución que definiera los derechos y estableciera las instituciones que habían de hacerlos respetar. Pero la acción colectiva también puede consistir en acuerdos individuales, con reglas útiles que otros miembros del grupo imitan”. Asimismo, Berman ha señalado que “durante este período se formaron los conceptos y las instituciones básicas del Derecho mercantil occidental –lex mercatoria–, y, lo que más importante, fue entonces cuando los usos y costumbres mercantiles occidentales comenzaron a verse como un sistema integrado y en constante desarrollo, como una parte del Derecho”. Berman, H. (1983). *Law and Revolution the Formation of Western Legal Tradition*. Harvard University Press, Cambridge, Mass p. 333.

bles fuentes. La *Lex Mercatoria* podría ser creada, por ejemplo, por instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), la Asociación de los Negociadores Internacionales del Petróleo (AIPN) y múltiples otras entidades privadas que espontáneamente crean prácticas contractuales estandarizadas (De Jesús, 2012, p. 12).

Uno de los ejemplos más gráficos reseñados por el profesor De Jesús son los contratos FIDIC (International Federation of Consulting Engineers). ¿Qué son exactamente? Se trata de una serie de contratos que se han convertido en el modelo estándar de contrato de construcción más utilizado a nivel internacional. La primera edición de estos contratos se realizó en el año 1957. Desde esa fecha se han ido generando revisiones y nuevas versiones de estos contratos. Sin embargo, cabe resaltar aquí que en el año 1999 nació toda una nueva generación de contratos FIDIC que recogía las nuevas exigencias derivadas de la creciente internacionalización del sector de la ingeniería y la construcción.

Los Libros FIDIC han sido concebidos para todo tipo de proyectos de infraestructura e incluyen multiplicidad de prestaciones a cargo de los contratistas (diseños, consultoría, construcción, operación, etc.). Por efectos prácticos FIDIC identifica sus contratos por colores (naranja, rojo, amarillo, plata, dorado, verde, blanco, entre otros). Todos los contratos responden a un mismo esquema: unas condiciones generales que constituyen el modelo de contrato propuesto por FIDIC y unas condiciones particulares que permiten a las partes incluir modificaciones y adiciones a dichas condiciones generales (Salguero, 2012).

Como bien ha señalado Salguero

múltiples ventajas comporta la utilización de los Libros FIDIC. Entre estas, **la asignación clara de riesgos; la regulación de las pruebas a la terminación; las formas de resolver ágilmente controversias de índole, puramente, técnica, y las causales para revisión de precios y para la extensión de plazos.** Ello tiene como consecuencia que la negociación del contrato para un proyecto se limite a regular las condiciones particulares de conformidad con la naturaleza específica del mismo, lo que se traduce en mayor agilidad en la estructuración de los proyectos [el énfasis es nuestro] (2012).

Ahora bien, si analizamos el fundamento de FIDIC, veremos que no es más que el resultado de una votación constante que han emitido partes de contratos de construcción en el tiempo. FIDIC es el resultado de la acción humana; de un orden espontáneo que ha determinado que esa es la manera más deseable de distribuir riesgos en un contrato de construcción. El hecho de que existan diversos tipos de contratos FIDIC identificados por colores (naranja, rojo, amarillo, plata, dorado, verde, blanco, entre otros) devela que los comerciantes tienen necesidades de diversa naturaleza que deben ser satisfechas de forma distinta. FIDIC, pues, es un excelente de cómo se va formando la *Lex Mercatoria* en el tiempo.

### III. ¿QUÉ ES LA *LEX MERCATORIA*?

#### A. Un intento de definición

La mayor parte de operadores jurídicos no tiene una idea clara de qué es lo que define a la *Lex Mercatoria*. Seguramente algunos pocos la definirán expresando que se trata de los usos y costumbres del mercado. Otros dirán que la *Lex Mercatoria* constituye una fuente del derecho terciaria de acuerdo a los clásicos postulados del Derecho Internacional Privado. No obstante ello, serán muy pocos los que estarán en capacidad de brindar una definición completa de qué es lo que la define, explicar su importancia, su esencia y la función que cumple.

Debemos admitir aquí que hasta hace algún tiempo pensábamos que la *Lex Mercatoria* se parecía un poco a la noción que tenemos de Dios. Nadie sabe dónde está, nadie sabe muy bien dónde encontrarla; pero, al fin y al cabo, existe. Lo cierto es que la *Lex Mercatoria* no es un acto de fe, sino de razón. Ciertamente no es fácil encontrarla, pero existe. El problema es que se encuentra dispersa en miles de lugares al mismo tiempo.

De acuerdo a los postulados de la Escuela de Dijon –a los que nos acogemos–, la *Lex Mercatoria* es una actividad normativa enriquecida permanentemente por las prácticas contractuales (cláusulas estandarizadas, contratos tipo, condiciones generales de contratación, etc.) por el derecho comparado (normas sustanciales de los derechos estatales, de las convenciones internacionales, de los Principios UNIDROIT) y de la jurisprudencia arbitral, con aspiraciones de uniformización del derecho comercial<sup>13</sup>. En ese sentido, la caracte-

<sup>13</sup> Como hemos señalado anteriormente, existe un sinnúmero de concepciones sobre la *Lex Mercatoria*. En la historia del derecho mercantil se le ha definido de diversas maneras. Nosotros nos hemos acogido a los postulados de la Escuela de Dijon porque la misma está conformada por las más importantes autoridades del mundo en el arbitraje internacional (Goldman, Kahn, Fouchard, Loquin, Osmani, Gaillard, Racine, Clay, De Jesús, etcétera). En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, tal como ha expresado el profesor De Jesús, “no en vano suele decirse que el árbitro del comercio internacional es el juez natural de la *lex mercatoria*”. Además, debe tenerse en cuenta que los árbitros son órganos

rística esencial de *Lex Mercatoria* es su necesidad de responder a las necesidades y expectativas del comercio internacional. De ahí su profunda estabilidad, su permanencia y coherencia<sup>14</sup> (De Jesús, 2012, p. 27).

El profesor De Jesús (2012) ha señalado, por ejemplo, que la *Lex Petrolea* –manifestación de la *Lex Mercatoria* en el sector del petróleo– se encuentra enriquecida por las siguientes fuentes:

Besides the creation of the ever evolving series of best oilfield practices at the origin of much of the transnational rules of the petroleum society, one could mention the rules arising from (i) the new contracts and clauses that have emerged from the evolution of transnational petroleum contracts, (ii) the standardization and institutionalization of some of those contracts and clauses by the practice and the works of professional associations, (iii) the publication of doctrinal codifications of rules potentially applicable to oil and gas contracts and (iv) the works and reflections of both contract and investment treaty arbitral tribunals (pp. 23, 46).

Otra de las fuentes más importantes de la *Lex Mercatoria* es la jurisprudencia arbitral. El mito de que el arbitraje es confidencial se ha visto relativizado en los últimos años pues vivimos en una realidad en que se publican extractos de laudos de miles de arbitrajes en múltiples bases de datos. En la medida que los árbitros deciden con bastante frecuencia cómo se deben distribuir los riesgos de un determinado contrato ante situaciones complejas e inéditas, los laudos constituyen –en nuestra opinión– una fuente privilegiada de *Lex Mercatoria*.

En ese sentido, no es verdad –como seguramente a varios nos han querido hacer creer– que la *Lex Mercatoria* está flotando en el cielo en el mundo de los espíritus incorpóreos. No es creada tampoco, ciertamente, por ángeles querubines. Son muchos, pues, los que defienden que la *Lex Mercatoria* está constituida principalmente por principios universales.

No estamos de acuerdo. En nuestra opinión, la *Lex Mercatoria* se encuentra por antonomasia en el mundo terrenal. Está enriquecida por las

transacciones que celebran los individuos todos los días. Son estos últimos quienes de forma espontánea deciden que los riesgos contractuales se asignen de una u otra determinada manera. La *Lex Mercatoria* tiene, como hemos anticipado, naturaleza praxeológica.

Son las prácticas contractuales repetidas en el tiempo las que forman progresivamente la *Lex Mercatoria*. Evidentemente ésta no es la única fuente, pero sí pensamos que la más importante. Los laudos arbitrales y los usos tienen también, evidentemente, una importancia central. Entonces la *Lex Mercatoria* está esparcida en miles de lugares al mismo tiempo.

Cuando hablamos de *Lex Mercatoria*, por ende, no existe una pirámide con jerarquías claramente establecidas, sino un conglomerado de reglas que están dispersas en muchos lados y que provienen de diversas fuentes. Se trata, pues, de una red en que existe una pluralidad de fuentes que producen normas.

En palabras del profesor De Jesús (2012): “If the old paradigm was represented by a pyramid (a pyramid of norms), **the new paradigm is represented by a network, a network in which the pluralities of legal orders interact** [el énfasis es nuestro]” (p. 29).

En conclusión, la *Lex Mercatoria* está formada por un sistema de reglas transnacionales que encuentra respaldo en las transacciones internacionales que se celebran todos los días y que, por ende, satisfacen las expectativas y las necesidades de los comerciantes. La *Lex Mercatoria*, entonces, evoluciona a partir de la práctica comercial, responde a las necesidades de los comerciantes, y es comprensible y aceptable para los comerciantes.

## B. Breves características esenciales de la *Lex Mercatoria*

### 1. Su grado de minuciosidad

En el marco de una relación contractual, como es evidente, pueden suscitarse un sinnúmero de controversias complejas que no necesariamente encuentran respuesta en un Código Civil. Son

productores por excelencia de la *Lex Mercatoria*. Por ello, el profesor De Jesús ha señalado con razón que “a transnational arbitrator involved in a petroleum dispute is also an organ of the *Lex Petrolea* and it is an expression of its organic and organizational autonomy. Como se puede ver, tiene todo el sentido que se analice la *Lex Mercatoria* desde la perspectiva que se maneja en el arbitraje internacional.

<sup>14</sup> Como bien señala el profesor de Jesús, “la célebre Escuela de Dijon –que recibió ese nombre por la procedencia de sus defensores– fue creada y piloteada por Berthold Goldman [...] y desarrollada por los trabajos de Philippe Kahn [...], Philippe Fouchard [...], Eric Loquin [...] y Filali Osmani. Hoy en día, es seguida por Jean-Baptiste Racine [...] y Thomas Clay [...], entre otros destacados juristas”.

cuestiones tan concretas que muchas veces ni siquiera las partes están en capacidad de prever su ocurrencia. Así, a diferencia de la ley estatal, la *Lex Mercatoria* está en posibilidad de dar respuesta a dichas situaciones.

Como es evidente, estas cláusulas contractuales son muy específicas, por lo que satisfacen de forma efectiva las necesidades de los particulares. Llegan a un nivel de minuciosidad al que de ninguna manera podrían llegar las normas contenidas en un Código Civil. De hecho, como explicaremos más adelante, no sería deseable que ninguna ley estatal llegue a ese nivel de detalle. Basta retener ahora que estas cláusulas contractuales –que forman espontáneamente la *Lex Mercatoria*– satisfacen siempre las expectativas y las necesidades de los comerciantes debido a su minuciosidad.

## 2. Su racionalidad económica

La *Lex Mercatoria* tiene una ventaja competitiva muy importante frente a la ley estatal: siempre tienen una racionalidad económica. En efecto, a diferencia de las normas contenidas en un Código Civil (que muchas veces responden a razones absolutamente arbitrarias), las cláusulas de estos contratos siempre tienen una lógica económica nítida. Las partes conocen mejor que nadie cuáles son sus intereses y colocan los riesgos donde deben colocarlos.

Sobre este particular, el profesor De Jesús ha señalado que “*they are adequate because of their capacity to satisfy the needs and interests [...]. They serve the needs of the society because the rules are flexible and take into consideration the legal risks attached to transnational petroleum contracts*” (De Jesús, 2012, p. 45).

## 3. Su vocación de universalidad

Existe una mano invisible que logra que la distribución de los riesgos contractuales tenga casi vocación de universalidad. En efecto, si se compara las cláusulas contractuales de un contrato de energía en Kenia con las de un contrato de energía en Estados Unidos, pues –aunque parezca increíble– nos encontraremos con la misma criatura contractual.

En ese sentido, el profesor De Jesús ha señalado que “*at least 80% of the contents of most transnational petroleum contracts include the same clauses*” (De Jesús, 2012, p. 23). La distribución de los riesgos –sin importar el lugar en que nos encontremos– es con frecuencia la misma. Esta es una de las más importantes ventajas de la *Lex Mercatoria* frente a la ley estatal: su vocación de universalidad a nivel internacional.

## 4. Su sectorialización

La *Lex Mercatoria* se encuentra –en gran medida– sectorializada. Por ende, no es la misma para todo tipo de contratos. Existe una *Lex Mercatoria* especial dependiendo del sector económico en que uno se encuentre. Así, existe una *Lex Constructionis* para el sector de la construcción, una *Lex Petrolea* para el sector del petróleo, una *Lex Informática* para el sector informático, una *Lex Sportiva* para el sector del deporte, etcétera. Así pues, la *Lex Mercatoria es Lex Mercatoria* siempre y cuando se inserte dentro de una industria transnacional.

## IV. ¿QUIÉN DEBE CREAR LAS NORMAS COMERCIALES? CONSTRUCTIVISMO VS. ORDEN ESPONTÁNEO

### A. Las normas como bienes desde la perspectiva económica

En la primera clase de los cursos de Teoría General del Proceso o Introducción al Proceso se enseña a los alumnos usualmente la clásica teoría del conflicto de Francesco Carnelutti.

De acuerdo a Carnelutti, los seres humanos tienen una amplia gama de necesidades que deben ser satisfechas. Existen tres conceptos que son esenciales para entender la teoría del conflicto: necesidad, bien e interés. El concepto de necesidad debe entenderse como el estado de insatisfacción, la sensación de carencia que tiene una persona respecto de un bien. Un bien –antitéticamente– debe entenderse como aquella utilidad apta para satisfacer una necesidad. Ahora bien, como señala Carnelutti, a la relación de tensión existente entre un bien y una necesidad se le denomina interés, concepto que a su vez sirve para entender cómo surgen los conflictos de intereses en la sociedad.

Usualmente, cuando nos referimos al concepto de bien pensamos en bienes básicos y tangibles como una casa, un automóvil o una manzana. Como muchos de nosotros estamos condicionados por el derecho, cuando nos hablan de bienes, pensamos inmediatamente en la típica clasificación de bienes muebles e inmuebles, y parecería extraño pensar en un bien que no se encuentre ya incluido en esa lista. Lo cierto, sin embargo, es que el concepto de “bien” es un concepto jurídico, sí, pero antes es un concepto económico. Y cuando Carnelutti se refiere al concepto de bien se refiere a todo aquello que es apto para satisfacer una necesidad. Se trata, entonces, de un concepto económico lato. No reduce su ámbito de aplicación a los típicos bienes a los que se hacen alusión en un Código Civil.

Bajo esta premisa, si analizamos el concepto de bien desde la perspectiva económica, es fácil advertir por qué es tan bien un bien mueble como un servicio. Tanto uno como el otro satisfacen necesidades. Probablemente en el plano jurídico el bien mueble satisfaga necesidades mediante obligaciones de dar, y el servicio las satisfaga mediante obligaciones de hacer; pero el servicio es un bien económicamente hablando al fin y al cabo.

Si nos quedamos con esta concepción de bien, quizá ya no sea tan impactante asimilar que una norma o una sentencia son tan bienes desde la perspectiva económica como una manzana o un automóvil. Tanto unos como otros satisfacen necesidades. Mientras leíamos un trabajo del profesor Ghersi (2010) advertimos que el sugiere con sutileza esta línea de pensamiento en las siguientes palabras: “Lo que sucede es que en la sociedad al existir distintos proveedores de normas, **las personas demandan normatividad; demandan derecho** [el énfasis es nuestro]” (p. 10).

En otro emblemático ensayo, el profesor Ghersi (2005) se pronunció de la siguiente manera:

[...] Desde el punto de vista económico, **el derecho es un bien de capital. Esto lo hace de una naturaleza económica igual a un martillo o una máquina cualquiera.** Siendo exterior a las personas que lo utilizan –como producto praxeológico que es– cada uno debe incorporarlo a su patrimonio obedeciéndolo [el énfasis es nuestro] (p. 61).

Las personas necesitan alimentarse y transportarse, sí, pero también necesitan que en su sociedad existan reglas de juego y se resuelvan los conflictos. Manzanas y automóviles; normas y sentencias, satisfacen necesidades. Y si satisfacen necesidades, son bienes por definición.

#### B. Las normas comerciales como bienes privados

Aceptar que las normas son bienes desde resulta de enorme relevancia porque podemos insertarlas en las clasificaciones de bienes que existen en la teoría económica. Una de las más importantes es la que distingue a los bienes públicos de los bienes privados.

Sobre el particular, Benegas Lynch (1999) se ha pronunciado en los siguientes términos:

**Se dice que un bien público es aquel que produce efectos sobre quienes no han participado en la transacción.** Es decir, aquellos que producen efectos para terceros o externalida-

des que no son susceptibles de internalizarse. **En otros términos, aquellos bienes que se producen para todos o no se producen puesto que no se puede excluir a otros [...].** Asimismo, los bienes públicos tienen la característica de la no-rivalidad, lo cual significa que el bien no disminuye por el hecho de que lo consuma un número mayor de personas [el énfasis es nuestro] (p. 227).

Estando a lo expuesto, cabe preguntarnos: ¿son las normas bienes públicos o privados? Si bien la respuesta obvia pareciera ser que son bienes públicos porque la función legislativa es una de las funciones inherentes al Estado, lo cierto es que esta respuesta es parcial pues no analiza la cuestión desde la perspectiva económica. Las normas no son bienes públicos ni privados *per se*. Como veremos, existen algunas normas que tienen naturaleza pública y otras privada.

Así, mientras las normas penales son bienes públicos, las normas comerciales –por regla general– son bienes privados. En efecto, si se tiene en cuenta la función preventiva del derecho penal, puede advertirse que la norma que prohíbe matar a otro, por ejemplo, es consumida por toda la sociedad. Todos nos beneficiamos con la existencia de las normas penales porque con su existencia vivimos en una sociedad más segura. Como bien explican Pasquel y Bayly (2003):

El primero de ellos, **las resoluciones sobre materia penal, claramente presenta consumo no rival y altísimos costos de exclusión.** Digamos que las fuerzas armadas norteamericanas apresan a Osama Bin Laden y lo entregan a una corte penal para su juzgamiento. Los beneficios que genere el servicio de justicia al juzgar y condenar a tamaño felón podrán ser disfrutados por un número considerablemente alto de personas (de hecho, por casi toda la humanidad) [el énfasis es nuestro] (p. 316).

Como se puede apreciar, las normas penales no tienen consumo rival y tienen altos costos de exclusión. Por el contrario, las normas comerciales tienen consumo rival porque no son consumidas por todos al mismo tiempo. Son consumidas únicamente si se cumplen dos requisitos: (i) las partes celebran un contrato; y (ii) se materializa el supuesto de hecho de la norma. De cierta manera, entonces, las partes contractualizan las normas comerciales.

Siendo ello así, desde la perspectiva económica, quien debe producir normas y resolver controversias en el mundo comercial son los mismos privados; no el Estado. Bajo la teoría de fallas del mercado, el Estado solamente debe proveer aquellos bienes o

servicios que sean catalogados como públicos. Las normas comerciales, sin embargo, no lo son.

### C. La confusión post-hobbesiana que nos condenó

Durante los últimos siglos siempre hemos estado guiados por un modelo westphaliano en que prima el imperio de la ley<sup>15</sup> (De Jesús, 2012, p. 50). Y la ley, como sabemos, es competencia exclusiva del Estado. Así pues, por mucho tiempo hemos vivido bajo el paradigma de que la solución de los conflictos y la producción de normas nacieron con el Estado y morirán con el Estado. Se dice que ello no podría ser de otra manera, puesto que se trata de dos de sus funciones más importantes: la legislativa y la jurisdiccional. Siempre se ha pensado que en dichas funciones encuentra sustento la existencia del Estado.

No cabe la menor duda, entonces, de que la teoría de las fuentes del derecho ha estado dominada en las últimas décadas por los dogmas y principios del positivismo tradicional, reconociendo la validez de una norma si la misma encuentra su origen en el Estado.

Por ello, cada vez que se ha planteado que la función legislativa y jurisdiccional quedé en manos de los privados, la resistencia ha sido casi imbatible. Es cierto que el arbitraje y la *Lex Mercatoria* han cobrado vigor durante las últimas décadas, pero siempre han sido vistos como fenómenos secundarios en comparación con las funciones esenciales que le han sido encomendadas al Estado. El Estado ha tenido una especie de monopolio para producir normas y resolver conflictos.

Ahora bien, si le preguntásemos a algún experto, ¿por qué ello debe ser así? Su respuesta seguramente será: “es que es obvio que ello debe ser así”. No obstante, como bien ha señalado Bullard, “lo obvio nos puede condenar al inmovilismo intelectual” (Bullard, 2016, p. 11).

Lo cierto es que, tal y como ha señalado el profesor Loquin, el concepto de Estado-Nación ha resultado en una confiscación o en una estatización mal entendida de la producción de normas jurídicas, particularmente en el área de derecho comercial, despojando al comercio internacional de su productor natural de normas jurídicas<sup>16</sup> (Loquin, 2007, p. 3).

Y es que desde la creación de los Estados-Nación ha existido, en nuestra opinión, una especie de confusión. La creación del concepto de Estado –desde una perspectiva hobbesiana– ha pasado siempre por aceptar que los seres humanos necesitan paz y seguridad. No podría ser de otra manera, puesto que sin reglas mínimas de juego, sin la presencia de un tercero que resuelva los conflictos, sin la existencia de instituciones, la consecuencia era el caos y la violencia. Y como quería evitarse esta situación a toda costa, surgió la necesidad de un contrato social y, luego, de un Estado de Derecho en que se respeten los derechos y las libertades básicas del ser humano.

Empero, lo que parece que no se comprendió con rigor es cuáles eran esos típicos casos que legitimaban la intervención del Estado. Si se analizan con detenimiento los ejemplos que utilizaba Hobbes, se verá que él con frecuencia hacía alusión a un estado de guerra permanente; a la afectación de las libertades básicas; a la puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad, la libertad o la propiedad.

Sobre el particular, Hobbes señaló lo siguiente:

La ley fundamental de naturaleza. La condición del hombre (tal como se ha manifestado en el capítulo precedente) **es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos.** De aquí se sigue que, en semejante condición, **cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa, Incluso en el cuerpo de los demás.** Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres [...] La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: **defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles** [el énfasis es nuestro] (p. 75).

Asimismo, Hobbes también señaló lo siguiente:

En primer término, por ejemplo, **un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a quien le asalta por la fuerza para arrancarle la vida,**

<sup>15</sup> En ese sentido, el profesor De Jesús ha expresado que “*our vision is that the hyper-connected world in which we live in no longer responds to the logic of the Westphalian fragmentation of the world*”.

<sup>16</sup> En ese sentido, el profesor Loquin ha señalado que “*according to the founding scholars of the Lex Mercatoria, the advent of the concept of Nation-State resulted in a form of “confiscation” or “nationalization” of the production of legal rules, particularly in the area of commercial law, depriving the law of commerce and economic transactions of its inherent universal and transnational nature*”.

ya que es incomprensible que de ello pueda derivarse bien alguno para el interesado. Lo mismo puede decirse de las lesiones, la esclavitud y el encarcelamiento, pues no hay beneficio subsiguiente a esa tolerancia, **ya que nadie sufrirá con paciencia ser herido o aprisionado por otro, aun sin contar con que nadie puede decir, cuando ve que otros proceden contra él por medios violentos, si se proponen o no darle muerte.** En definitiva, **el motivo y fin por el cual se establece esta renuncia y transferencia de derecho no es otro sino la seguridad de una persona humana, en su vida, y en los modos de conservar ésta en forma que no sea gravosa** [el énfasis es nuestro] (p. 77).

Todos y cada uno de los ejemplos de Hobbes pertenecen al campo del derecho penal; situaciones en que se ponen en tela de juicio los bienes jurídicos más básicos de todos. Por ello es que insistimos en que existió una confusión desde el inicio. Era evidente que el ser humano necesitaba la existencia de un Estado que dictara normas mediante las cuales se prohibieran situaciones como las narradas y se sancionara hechos como los descritos. Lo que parecía exigir Hobbes, sin embargo, era un monopolio del Estado para producir normas y resolver conflictos penales.

Pero estas necesidades del ser humano se malinterpretaron, y ahí dónde era necesaria la presencia del Estado para promulgar normas penales y resolver controversias penales, se interpretó que el Estado debía tener el monopolio para producir todas las normas jurídicas y resolver todo tipo de controversias. De esta manera, sin un sustento claro, se le atribuyó al Estado la función legislativa y la función jurisdiccional en todos los campos del derecho. Hubo un triple salto mortal entre las necesidades que legitimaron la creación del Estado y las funciones que se le encomendaron a este último.

En nuestra opinión, ese incomprensible salto lógico se ha mantenido vigente a través de siglos haciéndole muchísimo daño a la sociedad porque el Estado ha venido cumpliendo tareas que los privados podían cumplir mejor. El derecho comercial siempre debió haber quedado en manos de los privados. Su encomiendo al Estado fue fruto de una incomprensible confusión que se ha mantenido vigente a través de los siglos.

#### D. La incomprensible potestad del Estado de promulgar normas y resolver controversias en el mundo comercial

Si nos preguntásemos por qué debe ser el Estado el único que produzca normas y resuelva conflictos en el mundo comercial, difícilmente encontraremos una respuesta convincente. Más aún si, como

hemos abundado, las normas comerciales son bienes privados. Los problemas que legitimaron la creación del Estado no tenían ninguna relación con el derecho comercial. Esto es lógico, ya que ni siquiera existía el derecho comercial en ese contexto. La necesidad de un Estado siempre encontró sustento en el derecho penal. Lo que le preocupaba a Hobbes era que si los hombres “no sienten el temor de un poder coercitivo”, se encuentran en riesgo bienes jurídicos como la vida, la libertad, la integridad y la propiedad.

Ciertamente, Hobbes también planteaba que el Estado debía garantizar que se cumplan los contratos. No podría ser de otra manera, ya que si no se cumplen los contratos, no hay forma de proteger el derecho de propiedad. Sin embargo, Hobbes nunca planteó que tuviese que ser el Estado el que determinara cómo deben ser asignados los riesgos de un determinado contrato. ¿Por qué habría de hacerlo el Estado? Y, en todo caso, ¿cuál sería el sustento de que ello sea así? Atribuirle al Estado la competencia de determinar cómo deben ser asignados los riesgos de un determinado contrato es un sinsentido. El Estado no tiene suficiente información para adoptar dicha decisión y, cuando la adopta, lo hace de forma arrogante.

En ese sentido, Hayek (1998) ha señalado que **“the conception of an already fully developed mind designing the institutions which made life in society possible is contrary to all we know about the evolution of man** [el énfasis es nuestro]” (p. 17).

Son las partes las que deben decidir cómo se asignan los riesgos de los contratos. Ellas se encuentran en las mejores condiciones para decidir cómo deben ser distribuidos. Se podría argumentar que ello no es un inconveniente porque las normas que crea el Estado en el ámbito comercial son supletorias, por lo que únicamente se aplicarán cuando no exista pacto de las partes. El problema en realidad sigue vigente porque la ausencia de pacto de las partes es el terreno natural de la *Lex Mercatoria* que, como hemos anticipado, satisface de mejor manera las expectativas y las necesidades de los comerciantes.

Y si queremos llevar las cosas al límite, podríamos poner algunos ejemplos extremos formulando algunas interrogantes: ¿qué información tiene el Estado para asignar riesgos por ejemplo en un contrato de construcción? ¿Qué legitimidad puede tener el Estado para determinar quién debe asumir la responsabilidad en un contrato de energía a largo plazo? ¿Por qué el legislador se encuentra en mejores condiciones que la *Lex Mercatoria* para determinar quién debe asumir el riesgo ante una situación no prevista en un contrato de compra-

venta de acciones? Pues ninguna. Los legisladores no son suficientemente inteligentes como para decidir cómo deben ser asignados los riesgos en un determinado contrato. No podría ser de otra manera, ninguno de ellos es capaz de almacenar la información que se deriva de las millones de transacciones que se celebran todos los días.

Como bien ha señalado Hayek (1970):

No deberíamos sucumbir ante la falsa creencia o ilusión de que podemos reemplazarlo con un tipo de orden diferente, **que presupone que todo este conocimiento puede ser concentrado en un cerebro central, o en un grupo de cerebros de cualquier tamaño factible** [el énfasis es nuestro] (p. 96).

El conocimiento —como señala Hayek— se encuentra diseminado en miles de individuos que cada vez que celebra un contrato de un determinado sector están emitiendo un voto; un voto en que manifiesta cómo deben ser distribuidos los riesgos en un contrato que tiene determinadas características (1970, pp. 519-520). Así pues, quienes tienen información y legitimidad para tomar dichas decisiones son los operadores del comercio internacional cuyas prácticas se encuentran generalizadas en el mundo. Como anticipamos, son los comerciantes quienes saben mejor que nadie cuáles son sus intereses y, en consecuencia, se encuentran en las mejores condiciones para determinar cómo deben distribuirse los riesgos de un determinado contrato.

Ciertamente existen normas comerciales en que tiene sentido que sea el Estado el que las promulgue, pero éstas son las menos. Este es el caso de las normas que, por ejemplo, recogen la obligatoriedad de los contratos, las técnicas de interpretación contractual, las causales de nulidad del acto jurídico, los efectos de la resolución contractual, la fuerza mayor, la excepción de incumplimiento, etcétera.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que existen algunas normas que el Estado debe dictar en el mundo comercial y otras que no, conviene preguntarnos: ¿cuál es el punto de quiebre? En nuestra opinión, se debe tener en cuenta si la norma es general o es sectorial. Cuando las normas son sectoriales, casi por intuición podemos decir que buscan distribuir riesgos. Esas normas no deben ser recogidas en un Código Civil porque es un terreno que le corresponde, en ausencia del pacto de las partes, a la *Lex Mercatoria*.

En ese sentido, es imperativo que el Estado no cree normas que pertenezcan a sectores como la cons-

trucción, la energía, hidrocarburos, mercaderías, deportes, informático, ni a ningún otro sector económico. No existen, por ende, zonas grises. Cuando se trata de normas generales, el Estado puede recogerlas en el Código Civil; sin embargo, cuando se trata de normas sectoriales, este es terreno natural de la *Lex Mercatoria*.

Ahora bien, cabe preguntarnos: ¿cuál es el sustento de que el Estado tenga la potestad para dictar normas generales en el derecho comercial? Existen varias razones que procedemos a explicar a continuación:

- i) Existen normas que tienen tal grado de universalidad que tiene absoluto sentido que se recojan en un Código Civil. La libertad de contratar y la libertad contractual, por ejemplo, son principios tanto en los países del *civil law* como en los países del *common law*. En el *civil law* se derivan de la *autonomía privada* y en el *common law* se derivan del *party autonomy*, pero tanto en uno como en otro, cumplen exactamente la misma función.

Si ello es así, tiene sentido que se recojan en el Código Civil. No sin razón muchas de las normas a las que nos referimos encuentran su fuente en principios. Así, la obligatoriedad de los contratos encuentra fuente en el principio *pacta sunt servanda*, la fuerza mayor en el principio *rebus sic stantibus*, la excepción de incumplimiento en el principio *exceptio non adimpleti contractus*, la prohibición de los actos propios en el principio *venire contra factum proprium non valet*, entre muchos otros.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, la *Lex Mercatoria* está enriquecida por las prácticas contractuales, los usos y la jurisprudencia arbitral. Sin duda los principios también son parte de la *Lex Mercatoria*, pero no constituyen su fuente de riqueza más importante. Esto tiene una razón evidente: estos principios están reconocidos en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

Si la riqueza de la *Lex Mercatoria* se encontrase por excelencia en estos principios, pues entonces sería indistinto pactar como norma aplicable a la *Lex Mercatoria* o a una legislación nacional. Como es evidente, estos principios universales no ayudan a responder las cuestiones realmente complejas que surgen en las controversias todos los días. Brindarían los mismos y limitados parámetros que un Código Civil.

Por ello, queremos reafirmar aquí que, desde un punto de vista funcional, a la *Lex Mercatoria* no

se le puede encontrar principalmente en el cielo, *i.e.*, en el mundo de los principios universales que trascienden el mundo terrenal. Si ese fuese el caso, su utilidad para la resolución de las controversias sería insignificante. Su principal fuente de riqueza debe encontrarse en las prácticas contractuales estandarizadas que se van formando espontáneamente y, por ende, tienen naturaleza praxeológica. La *Lex Mercatoria*, entonces, encuentra sus fuentes más importantes en el mundo terrenal; no celestial.

- ii) Hobbes sustentaba la existencia del Estado en la necesidad de que se protejan bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad y la libertad; sin embargo, también se deriva del *Leviatán* que Hobbes justificaba la existencia del Estado en la necesidad de que se proteja el derecho de propiedad. Sin derechos de propiedad claros, no hay manera de que se pueda vivir en paz y con seguridad. En palabras de Hobbes:

**La justicia y la propiedad comienzan con la constitución del Estado.** Ahora bien, como los pactos de mutua confianza, cuando existe el temor de un incumplimiento por una cualquiera de las partes [...]. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado [...] **Por tanto, donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y por tanto donde no hay Estado, nada es injusto** [el énfasis es nuestro] (p. 84).

Siendo ello así, tiene sentido que el Estado cree algunas instituciones que le permitan a las personas proteger su propiedad tanto en sentido estático como en sentido dinámico. Este el caso, por ejemplo, de la acción reivindicatoria o los interdictos cuando se trata de la propiedad en sentido estático, y de la ejecución forzosa, el embargo, la resolución contractual y otras instituciones cuando se trata de la propiedad en un sentido dinámico.

- iii) Muchas de las normas generales son, de acuerdo a la clasificación de Calabresi, reglas de inalienabilidad, por lo que tiene sentido que sea el Estado quien las recoja en un Código Civil<sup>17</sup>. Sobre este particular, el profesor Calabresi (1992) ha señalado lo siguiente:

A esta altura, hemos ya abordado las preguntas de cuándo la sociedad debería proteger una titularidad por las reglas de propiedad o de responsabilidad. **Sin embargo, existen muchas titularidades que impiden un grado aún mayor de intervención estatal: la ley no sólo decide quién es el titular de algo y qué precio deberá pagarse por ello si es violado o destruido, sino que además regula su venta [...].** Esto puede ocurrir cuando una transacción crea externalidades significativas (costos a terceras personas) [el énfasis es nuestro] (p. 76).

Un caso de reglas de inalienabilidad lo encontramos, por ejemplo, en las causales de nulidad o anulabilidad del acto jurídico. Estas normas recogidas en los artículos 219 y 221 del Código Civil, respectivamente, son imperativas, por lo que las partes no pueden pactar en contra de ellas. Tampoco podrían crearlas contractualmente. Así pues, cuando se trata de normas de inalienabilidad en el mundo comercial, tiene sentido que sea el Estado quien las dicte por una sencilla razón: es el único que podría hacerlo<sup>18</sup>.

Lo que no tiene sentido es que el Estado le arrebatte a las partes la potestad de distribuir los riesgos de un determinado contrato mediante reglas de propiedad o de responsabilidad. Tampoco tie-

<sup>17</sup> Sobre este particular, el profesor Falla señala que Calabresi y Melamed “desarrollan un modelo teórico para la comprensión de cualquier sistema jurídico. Así, el primer tema que debe ser abordado por cualquier sociedad es el problema del otorgamiento de la “titularidad”, que no es otra cosa que determinar, frente a un conflicto específico de intereses –y el accidente es uno de ellos–, a qué parte favorecer. Efectuada esta elección inicial, o si se quiere, la atribución inicial de titularidades, la sociedad debe tomar una serie de decisiones de segundo orden y que tienden a hacer efectiva la decisión inicial: estas decisiones van desde la forma en que las titularidades son protegidas, hasta si se permite o no a un individuo vender o negociar dicha titularidad [...]”.

<sup>18</sup> Sobre este particular, el profesor Arribas ha señalado que “por último están las reglas de inalienabilidad [...]. En este tercer tipo de reglas encontramos el mayor grado de intervención del Estado. A través de ellas se restringe la posibilidad de disponer de una titularidad determinada. La restricción puede suponer la necesidad de cumplir ciertas condiciones previas para su disposición, como en el caso de la copropiedad en que se necesita el acuerdo unánime de los copropietarios para disponer materialmente del bien, o también la prohibición absoluta de su disposición, como en el caso de un incapaz absoluto que no puede disponer de sus bienes”.

ne sentido que el Estado dicte normas mediante las cuales asigne supletoriamente los riesgos de un determinado contrato. No solo porque es muy probable que se equivoque, sino porque ese es un terreno que puede cumplir mucho más eficientemente la *Lex Mercatoria*.

- iv) A efectos de brindar seguridad jurídica y reducir los costos de transacción, las instituciones a través de las cuales las partes deciden como distribuyen los riesgos en su contrato, deben ser las mismas para todos. Una parte no puede tener una noción de contrato y otra una noción distinta; tampoco pueden existir divergencias con respecto a lo que significa obligación, plazo, condición, nulidad, resolución, interpretación contractual, etcétera. Si fuese así, todo sería caótico. Casi no se podrían celebrar transacciones y sería extremadamente costoso para las cortes resolver los conflictos.

Además, estas normas tiene un carácter tan universal que tiene lógica que el Estado las recoja en un Código Civil para reducir costos de transacción. De hecho, muchas de estas normas simplemente definen a las instituciones, de forma que le brindan herramientas a las partes para que así ellas mismas puedan decidir libremente cómo distribuyen los riesgos de sus contratos.

En ese sentido, el Estado debe brindarle los insumos a las partes y éstas deben ser libres de decidir cómo los utilizan. Lo que no puede suceder nunca es que el Estado se arrogue la autonomía privada de las partes y decida en lugar de ellas cómo deben ser distribuidos los riesgos de su contrato. En pocas palabras, el Estado debe darle los ingredientes a las partes, pero no debe preparar la torta por ellas. Las partes deben preparar la torta a su gusto.

No obstante lo expuesto, debemos decir aquí que el Estado no solo no debe decidir cómo se distribuyen los riesgos de un determinado contrato vulnerando la autonomía privada de las partes, sino que tampoco debe hacerlo de forma supletoria. Como hemos señalado hasta el cansancio, esta es una tarea que la *Lex Mercatoria* puede cumplir de forma mucho más óptima que un legislador que tiene información absolutamente limitada.

Lo que sí debe ser igual para todos, sin embargo, son las instituciones jurídicas. Esta línea de pensamiento va muy de la mano con las nuevas formas de enseñar el Derecho. Desde hace algún tiempo se ha planteado que se enseñe a los alumnos instituciones; no normas. Esta nueva metodología tiene una racionalidad muy clara: las instituciones

trascienden en el tiempo, las normas no. Los buenos abogados saben que no es necesario estudiar y aprenderse todos los artículos de un Código Civil; basta con que comprendan las instituciones que subyacen a dichas normas. Pues bien, más allá de la enseñanza del Derecho, nosotros consideramos que los únicos artículos que deberían legislarse en un Código Civil son aquellos en que se recogen instituciones.

El mejor ejemplo de cómo debería ser diseñado un Código Civil son los Principios UNIDROIT. Si se realiza una revisión exhaustiva de este texto normativo, puede advertirse que básicamente recoge instituciones. A los expertos de UNIDROIT nunca se les ocurriría elaborar un código que recoja normas que determinen cómo deben ser distribuidos los riesgos en un contrato de compraventa, en un contrato de arrendamiento o en un contrato de construcción. Saben perfectamente que no tienen ninguna legitimidad para determinar cómo deben ser distribuidos los riesgos en los diversos sectores económicos.

Nosotros, al igual que una importante corriente de juristas, consideramos que los Principios UNIDROIT no son parte de la *Lex Mercatoria*. Y no son parte de ella porque recogen, en esencia, normas que podrían ser perfectamente recogidas en un Código Civil. La *Lex Mercatoria* tiene un carácter dinámico y evolutivo, y los Principios UNIDROIT no lo tienen. El hecho de que los Principios UNIDROIT se encuentre codificado en un texto normativo es la prueba más fehaciente de que no tiene naturaleza praxeológica. Y, como hemos señalado hasta el cansancio, la naturaleza praxeológica es el rasgo distintivo esencial de la *Lex Mercatoria*.

Sobre este particular, el profesor De Jesús (2012) se ha pronunciado de la siguiente manera:

*Institutional codifications of contractual principles such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Lando Principles of European Contract Law [...]. There has been a lot of debate regarding the nature of these codifications, as to whether they can be considered as a part of the Lex Mercatoria or as a new expression of the Lex Mercatoria. Although we believe that these codifications are extremely useful (and we recognize their role as an exceptional source of transnational rules) we don't systematically recognize them as being part of the Lex Mercatoria, the Lex Petrolea or any other transnational legal order. Only the rules of these codifications that really satisfy the needs and interests of a particular transnational industry will be considered as part of its transnational legal order [el énfasis es nuestro] (p. 24-25).*

Hablar de *Lex Mercatoria* es hablar de normas praxeológicas que se van formando espontáneamente en los diversos sectores económicos. La *Lex Mercatoria* es producto de la repetición; no de una decisión. Cuando un grupo de expertos se reúne a decidir cuáles deberían ser las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles, nos encontramos claramente frente a un proceso constructivista. Y la *Lex Mercatoria* es por definición enemiga del constructivismo. Así pues, nosotros consideramos que los Principios UNIDROIT, al igual que la Ley de Arbitraje de la CNUDMI, constituye simplemente una norma modelo.

Argumentar que los Principios UNIDROIT son parte de la *Lex Mercatoria* porque en su preámbulo se establece que “los Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes” es un argumento de muy poco peso. La esencia de las cosas se encuentra en su naturaleza, no en el preámbulo de un texto normativo.

#### V. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS DE QUE SEA EL ESTADO QUIEN DECIDA CÓMO DEBEN SER ASIGNADOS LOS RIESGOS DE LOS CONTRATOS DE DIVERSOS SECTORES ECONÓMICOS?

##### A. Cuando el derecho sucumbe frente a la realidad

En el Código Civil peruano nos encontramos con un sinnúmero de normas imperativas o supletorias en que el Estado se ha arrogado la potestad de asignar los riesgos de tipos contractuales que pertenecen a diversos sectores económicos. Si se analizan algunas de dichas normas, se podrá apreciar que la mayoría no responden en absoluto a las necesidades y expectativas de los comerciantes. Se encuentran totalmente alejadas de nuestra realidad económica actual.

La razón por la cual se trata de normas defectuosas e irracionales es muy sencilla: el Estado las creó sin suficiente información. Y lo cierto es que incluso si contase con dicha información, como el derecho positivo tiene vocación de permanencia y las necesidades de los comerciantes varían mucho más rápido de lo que imaginamos, tarde o temprano la ley se va a encontrar totalmente desfasada.

En este contexto, lo que puede terminar ocurriendo es que la costumbre termine derogando fácticamente a la ley. Y más allá de que el Tribunal Constitucional ha señalado que no es admisible

el desuetudo<sup>19</sup>, lo cierto es que, como veremos a continuación, es perfectamente posible que ocurra. Tan es así que el propio Kelsen (2009) señaló que este escenario era perfectamente posible:

Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. **La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes.** Pero aún si la Constitución escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso [el énfasis es nuestro] (p. 116).

En el mismo sentido, el profesor Ghersi (2005) se ha pronunciado de la siguiente manera:

También al desuso, al punto de reconocer el desuetudo como una forma de derogación de la ley. Desde el punto de vista económico, creo que resultan innegables los efectos jurídicos de la costumbre contra *legem*. Aunque no encuentro objeción tampoco con el desuetudo, creo que se trata de un problema distinto: simplemente deja de utilizarse una ley, probablemente también por un problema de costos y beneficios. Es la comúnmente denominada “letra muerta” (p. 61).

Cuando la ley estatal no satisface las expectativas y las necesidades de los comerciantes, ellos simplemente se desentienden de ella. Peor aún, en algunas ocasiones son los propios jueces y árbitros los que no tienen el menor reparo en no aplicar la norma desfasada. Ello es lo que ha terminado ocurriendo con el Código de Comercio de 1902, puesto que a pesar de estar vigente, brilla por su ausencia en el ordenamiento jurídico peruano.

Los ejemplos más paradigmáticos pueden encontrarse en distintos tipos contractuales del Código Civil que regulan distintos fenómenos sociales en que es obvio que la realidad ha terminado por desbordar al derecho positivo. Y es que es evidente que es el derecho el que debe adecuarse a la realidad, y no la realidad al derecho.

Pues bien, a continuación procederemos a exponer algunos ejemplos con los que nos sentiremos muy cercanos pues se encuentran recogidos en normas con las que nos hemos tropezado varias veces en nuestra práctica profesional. Muchos de los ejemplos que reseñaremos no se insertan exactamente dentro de un sector económico específico, pero, a

<sup>19</sup> Sentencia recaída en el expediente Número 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, fundamento 75.

pesar de ello, sirven para graficar muy bien cómo es que el derecho puede terminar muchas veces desbordado por la realidad. Existen innumerables ejemplos, pero en aras de la brevedad tan solo nos vamos a detener en algunos de ellos:

## B. Los ejemplos imperdonables

1. El plazo máximo del contrato de arrendamiento de duración determinada

El artículo 1688 del Código Civil establece textualmente lo siguiente:

Artículo 1688º.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.

En un mundo como el que vivimos, restringir la autonomía privada de las partes y prescribir que los contratos de arrendamiento no pueden durar más de 10 años es absurdo y no tiene ningún correlato con la realidad. Quizá dicha norma tuvo una explicación racional en 1852 (recordemos que el artículo 1688 del Código Civil de 1984 fue una copia textual del Código Civil de 1852), sin embargo, hoy, 150 años más tarde, definitivamente no la tiene. Es evidente que esa norma estaba pensada para los típicos alquileres de viviendas, sin embargo, en la actualidad existe tanta variedad de contratos de arrendamiento que una disposición como esa es absolutamente irracional.

A efectos de cerciorar si el artículo 1688 del Código Civil resulta deseable en nuestro ordenamiento jurídico, resulta indispensable analizar cuál es la *ratio legis* de la norma:

Pensamos que el referido artículo 1688, no debería aplicarse al arrendamiento-venta, en la medida que aquella norma tiene por finalidad evitar arrendamientos a plazo fijo cuyos términos finales sean excesivamente grandes o extensos, lo que podría llevar a desnaturalizar el derecho de propiedad del arrendador (Castillo Freyre, 2001, p. 3).

Este es uno de los casos más graves en que el legislador se ha arrogado arbitrariamente la autonomía privada de las partes. No entendemos por qué el Estado habría de dictaminarle a las partes cuál es el plazo máximo que puede durar su contrato de arrendamiento. ¿O es que acaso si celebran un contrato de arrendamiento de 20 años se está afectando a alguien? Por supuesto que no. La norma en cuestión es producto de un paternalismo inaceptable.

Hoy son muchísimas las partes que encuentran la manera de celebrar contratos de arrendamiento de duración determinada por períodos superiores a 10 años. Con esto no queremos decir que las partes menguan la existencia del artículo 1688 del Código Civil al momento de celebrar su contrato. Sin duda lo tienen presente y saben que si lo contravienen directamente, corren el riesgo de que el contrato sea declarado nulo. No obstante ello, de lo que no dudamos es que las necesidades de los comerciantes en la actualidad exigen que se puedan celebrar contratos de arrendamiento de duración determinada superiores a 10 años, y, en consecuencia, las partes encuentran fórmulas para lograrlo. Fraude a la ley o no, lo cierto es que de una forma u otra el artículo 1688 del Código Civil ha terminado totalmente desfasado.

La norma en cuestión, pues, constituye un auténtico adorno. Y es que no lo que no se ha logrado comprender es que en el mundo comercial la realidad desborda con frecuencia al derecho positivo. Y, como hemos mencionado, es el derecho el que tiene que adecuarse a la realidad; no al revés.

2. La prohibición contractual de enajenar o gravar: la norma de las “manos muertas”

El artículo 882 del Código Civil señala expresamente lo siguiente: “Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

¿Cuál es la *ratio legis* de la norma? La norma en cuestión busca promover la circulación de los bienes para que se satisfagan las necesidades humanas. Se argumenta que si los bienes no pueden ser transferidos, se afecta el tráfico comercial. Parece una *ratio legis* no solo bienintencionada, sino hasta deseable.

Sin embargo, el mandato imperativo de la norma es claro: no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar. El artículo en cuestión no distingue prohibiciones temporales y absolutas. Y ahí donde la ley no distingue, los intérpretes tampoco pueden distinguir. Ahora bien, cabe preguntarnos: ¿por qué no se permiten las prohibiciones temporales? Sinceramente no encontramos una respuesta convincente para esta interrogante. Una vez más la norma en cuestión responde a un paternalismo inadmisibles.

Tal y como reza Bullard:

Durante la negociación el inversionista extranjero planteó que se estableciera una cláusula en el contrato de asociación por la cual los accionistas nacionales no podían vender sus

acciones durante un período de cinco años. Sin embargo, cuando consultó a sus abogados, éstos le dijeron que el artículo 882 del Código Civil prohibió establecer contractualmente la prohibición de enajenar y que en consecuencia no era posible bajo ninguna norma del sistema peruano prohibir que vendiera sus acciones, ni siquiera un sólo día.

¿Por qué se prohíbe a la gente prohibir vender en el futuro? La respuesta que se da es que queremos evitar las famosas propiedades vinculadas, es decir aquellas propiedades que no podían ser vendidas nunca dado que habían salido del mercado como las manos muertas, las capellanías y situaciones similares. Se prohíbe (por Ley) prohibir (por pacto) qué puedo hacer con mi propiedad. El resultado es una “expropiación” de uno de mis atributos sobre la propiedad, como es la facultad de disposición, pues la misma no debe entenderse sólo como el derecho a vender y disponer de lo mío, sino, evidentemente, el derecho a no vender o no disponer [...].

Sin embargo, hay algo que no se tiene en cuenta. Muchas veces las externalidades pueden ser no sólo espaciales sino temporales [...]. La respuesta al problema no es pues una prohibición absoluta, sino por el contrario una limitación con un plazo que minimice el efecto de externalidades a los sucesores. Ligar los plazos a términos razonables, pero que no impiden la limitación de manera absoluta, concilia la autonomía con la necesidad de afectar intereses de terceros que no participan en el pacto (2011, pp. 103-104).

Tan absurda es la norma que en el 2011 el legislador propuso una modificación de la norma mediante el Proyecto de Ley n° 582/2011-CR con el siguiente tenor: “Artículo 882.- Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado”.

Hace algunos años, sin embargo, se relativizó la prohibición contractual de enajenar y gravar. En efecto, el artículo 101 de la Ley General de Sociedades señala expresamente lo siguiente:

Artículo 101.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones

[...] Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Es una práctica habitual en los estatutos o en los convenios de accionistas que se incluyan cláusulas que prohíban temporalmente la enajenación o el gravamen de acciones. Antes de que el artículo 101 de la Ley General de Sociedades estuviese en vigencia, aunque cueste creerlo, los inversionistas no podían celebrar este tipo de pactos, junto con todas las consecuencias nocivas que ello implicaba<sup>20</sup>. En nuestra opinión, es claro que el artículo 101 de la Ley General de Sociedades no fue más que un sinceramiento del legislador en que dejaba claro que era indispensable una excepción a la regla general prevista en el artículo 882 del Código Civil.

De lo que no cabe la menor duda es que el artículo 882 del Código Civil también es una muestra de arrogancia del Estado en que se ha arrogado una vez más la autonomía privada de las partes. No existe, pues, ninguna razón de peso por la que las partes no puedan establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar de forma temporal. Tal y como expresa Bullard:

En esa línea es legítimo establecer pactos que afecten la tasa de retorno que espero obtener de mi propiedad pero ello comienza a ser cuestionable cuando afectan la tasa de retorno futura de personas distintas. Por ello, plazos más largos concilian ambos intereses y evitan absurdos como el que nos genera la norma vigente. Así, carece de sentido que no se pueda

<sup>20</sup> Sobre este particular, Bullard narró el siguiente caso: “un inversionista extranjero quería desarrollar un negocio en el país. Para ello debía asociarse con un inversionista nacional. Ello era un elemento esencial, básicamente por el know how, por el conocimiento que este inversionista peruano tenía del mercado y por la habilidad mostrada al haber actuado antes en el mismo de manera exitosa. Al inversionista extranjero le interesaba no sólo asociarse con este accionista, sino que éste continuara siendo socio durante un período relativamente largo de manera que los accionistas de esta empresa siguieran siendo los mismo en ese período. Durante la negociación el inversionista extranjero planteó que se estableciera una cláusula en el contrato de asociación por la cual los accionistas nacionales no podían vender sus acciones durante un período de cinco años. Sin embargo, cuando consultó a sus abogados, éstos le dijeron que el artículo 882 del Código Civil prohibió establecer contractualmente la prohibición de enajenar y que en consecuencia no era posible bajo ninguna norma del sistema peruano prohibir que vendiera sus acciones, ni siquiera un sólo día”. Seguidamente, el profesor Bullard señaló que “afortunadamente, como veremos, por medio del artículo 101 de la nueva Ley General de Sociedades se ha establecido la posibilidad de llevar a cabo este tipo de pactos en relación a acciones. Cuando el caso se presentó esa reforma no se había aún dado. Así, cuando se presentó este caso la operación no fue posible y el cambio que trae la Ley de Sociedades, vigente desde 1 de enero de 1998, no se puede extender a otros bienes distintos a acciones o participaciones”.

pactar ni siquiera un día, ni dos, ni tres, ni diez años. En ese sentido es conceptualmente acertado el cambio que se propone de mantener un límite no absoluto pero sí temporal a la facultad de disponer y gravar (2011, p. 105).

En definitiva, sea el bien que sea, sean acciones o no, las partes deben estar legitimadas para establecer contractualmente prohibiciones temporales de enajenar o gravar.

### 3. La formación progresiva de los contratos

Otro ejemplo paradigmático es el relativo a la formación del contrato. El Código Civil peruano se limita a recoger los rarísimos casos en que un contrato se forma mediante una oferta y una aceptación. Sobre el particular, el artículo 1373 del Código Civil señala textualmente lo siguiente: “Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

Nuevamente la realidad ha terminado desbordando al derecho positivo. Los casos en que el contrato se perfecciona mediante una oferta y una aceptación son los menos. Los contratos más relevantes en el mundo mercantil se perfeccionan de forma progresiva. Así, en la práctica comercial las partes suelen iniciar la negociación con un *memorandum of understanding* o un *termsheet*, luego se lleva a cabo una *due diligence*, seguidamente se negocian detenidamente las cláusulas del contrato y finalmente se suscribe el contrato definitivo.

A pesar de ello, no existe ninguna norma en el Código Civil peruano que regule la formación progresiva de los contratos. Obvio, en 1984 los contratos no se celebraban de esa manera. Como no podía ser de otra manera, los Principios UNIDROIT sí responden de manera efectiva a este fenómeno mediante los artículos 2.1.13 y 2.1.14.

En relación a dichas normas, los comentarios a los Principios UNIDROIT se pronuncian de la siguiente manera:

In commercial practice, particularly when transactions of considerable complexity are involved, it is quite frequent that after prolonged negotiations the parties sign an informal document called “Preliminary Agreement”, “Memorandum of Understanding”, “Letter of Intent” or the like, containing the terms of the agreement so far reached, but at the same time state their intention to provide for the execution of a formal document at a later stage (“Subject to Contract”, “Formal Agreement to follow”). In some cases the parties consider their contract as already being concluded and the execution

of the formal document only as confirmation of the already complete agreement. If, however, both parties, or only one of them, make it clear that they do not intend to be bound unless the formal document has been drawn up, there will be no contract until that time even if the parties have agreed on all the relevant aspects of their transaction.

Como se puede apreciar, los Principios UNIDROIT brindan una respuesta efectiva para regular la formación progresiva de los contratos. Esto es impensable lograrlo con un código tan desfasado como el Código Civil peruano. Los Principios UNIDROIT, en cambio, debido a su dinamismo, sí puede adecuarse y responder de forma efectiva a las nuevas necesidades de los particulares.

### 4. Los contratos incompletos y la teoría del círculo contractual

Un ejemplo adicional lo podemos encontrar en el artículo 1359 del Código Civil que establece textualmente lo siguiente: “Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

Como será evidente para muchos, esta norma se encuentra totalmente alejada de la práctica comercial. Muy frecuentemente se perfeccionan contratos a pesar de que las partes no se encuentren conformes sobre todas sus estipulaciones.

Como señalamos anteriormente, es muy usual que los contratos de compraventa de acciones se celebren de forma progresiva. En muchos casos las partes deciden incorporar cláusulas del contrato definitivo en el *memorandum of understanding*. Si las partes así lo quieren, este *memorandum of understanding* puede tener carácter vinculante.

De esta manera, la realidad termina superando al derecho positivo, ya que más allá de que el artículo 1359 del Código Civil establezca que “no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”, lo cierto es que sí es posible celebrar un contrato a pesar de que las partes aún no se hayan puesto de acuerdo sobre todas sus estipulaciones.

### 5. Los contratos preparatorios regulados en el Código Civil

Un último ejemplo podemos encontrarlo en los contratos preparatorios del Código Civil en que los únicos contratos típicos que se regulan son el contrato de opción y el compromiso de contratar.

Empero, como hemos abundado anteriormente, en la práctica mercantil más relevante esos no son los contratos preparatorios que se celebran con mayor frecuencia. Debido a que los contratos más relevantes se celebran de forma progresiva, el contrato preparatorio más relevante es el *memorandum of understanding*, también llamado *term-sheet* o *letter of intent*.

Ahora bien, en la medida que no existe ningún tipo de regulación al respecto, existen *memorandums of understanding* de todo tipo (que dependerán lógicamente del pacto de las partes). Así pues, hay algunos que son vinculantes, como otros que no lo son; algunos tienen una extensión menor a una página, otros que regulan prácticamente todas las cláusulas del contrato definitivo; existen algunos que obligan a las partes a celebrar el contrato definitivo, otros no las obligan en absoluto; en algunos se recogen desde el inicio algunas de las cláusulas que serán parte del contrato definitivo, en otros simplemente se incluyen algunas directrices que servirán como parámetros para la futura negociación entre las partes.

Lo único que tienen en común cada uno de los ejemplos reseñados es que constituyen el primer paso para iniciar la negociación de un contrato complejo en que las partes deben discutir de forma progresiva muchas de sus cláusulas. Nada más.

La práctica mercantil, entonces, nos enseña que no resulta deseable encajonar a las partes con estas dos figuras contractuales que están muy alejadas de lo que exigen los comerciantes en la realidad.

Es importante resaltar aquí que en la mayor parte de los *memorandums of understanding* las partes simplemente buscan iniciar una negociación. Son pocas las veces en que las partes se obligan desde el inicio a celebrar el contrato definitivo. Esto es de esperar, ya que al inicio de una negociación las partes no tienen la menor idea de si la otra parte podrá efectivamente satisfacer su interés.

A pesar de ello, el artículo 1414 del Código Civil establece que “por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”. Como se puede ver, basta leer la definición de compromiso de contratar en el Código Civil para advertir que esta tipo contractual se encuentra totalmente alejado de las expectativas de las partes. Usualmente las partes no quieren obligarse desde el inicio a celebrar el contrato definitivo.

Por otra parte, el artículo 1422 del Código Civil establece que “el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo”. No obstante, en la práctica comercial lo usual es que los *memorandums of understanding* no contengan nunca todos los elementos y condiciones del contrato definitivo. Lo que es más, muchas veces los MOUs ni siquiera contienen los elementos esenciales del contrato definitivo, con lo cual el artículo 1422 del Código Civil tampoco tiene mucho sentido para nuestra práctica comercial<sup>21</sup>.

En definitiva, teniendo en cuenta que existen un sinnúmero de tipos de *memorandums of understanding* (cada uno de ellos con particularidades propias), consideramos que no resulta conveniente tipificarlos en el Código Civil.

De acuerdo al profesor Fernández, la tipificación tiene sentido cuando existe un fenómeno social que tiene una práctica tan generalizada que conviene que el legislador la tipifique para reducir costos de transacción<sup>22</sup>.

Sin embargo, hemos visto ya que los contratos preparatorios regulados en el Código Civil no son, en realidad, los más frecuentes en la práctica comercial. Siendo ello así, consideramos que no tiene ningún sentido tipificarlos. Además, ¿por qué habrían de ser tipificados estos dos contratos preparatorios y no otros? No existe ninguna razón. Si aceptásemos que tanto el contrato de opción como el compromiso de contratar deben ser tipificados, llegaríamos a la absurda conclusión de que el legislador debe tipificar muchísimos otros contratos preparatorios que son más usuales en la práctica comercial.

En nuestra opinión, tiene mucho más sentido dejar que la *Lex Mercatoria* haga su trabajo. Las normas transnacionales que se apliquen van a tener mucha más legitimidad frente a los comerciantes porque van a encontrar sustento en los usos y en las prácticas comerciales.

Algunos podrían argumentar, sin embargo, que es irrelevante que se recojan estos dos tipos contractuales en el Código Civil porque finalmente las partes, en virtud de su libertad contractual, pueden celebrar contratos atípicos (que es precisamente donde se insertaría el *memorandum of understanding*).

<sup>21</sup> Distinto es el caso de la opción como institución que es utilizada innumerables veces en contratos de compraventa de acciones, convenios de accionistas, etcétera. Lo que tiene el menor sentido, desde nuestro punto de vista, es que se le haya recogido como tipo contractual.

<sup>22</sup> Esta era una de las lecciones magistrales del profesor Gastón Fernández en el curso de Obligaciones que enseña en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pero esa es una mirada huérfana porque en la práctica judicial y arbitral es muy usual que jueces y árbitros –que no están familiarizados con la práctica comercial– apliquen supletoriamente las normas sobre los contratos preparatorios del Código Civil, junto con todas las consecuencias nocivas que ello implica.

En efecto, podría ocurrir que un juez aplique supletoriamente a un *memorandum of understanding* las normas que regulan el compromiso de contratar a pesar de que las mismas no satisfacen en lo más mínimo las expectativas de las partes. De hecho, lo que estaría ocurriendo en estos casos es que el juez estaría aplicando normas de las cuales precisamente las partes se intentaron alejar. Un total contrasentido.

Peor aún, jueces muy tradicionales y apegados al Código Civil podrían llegar al punto de arrebatarles a las partes su autonomía privada y decidir que el *memorandum of understanding* no es en realidad un *memorandum of understanding*, sino más bien un compromiso de contratar.

Lo más deseable parece ser no regular los contratos preparatorios en un Código Civil y dejar que la *Lex Mercatoria* haga su trabajo. De lo contrario corremos el riesgo de que se apliquen supletoriamente las normas sobre los contratos preparatorios del Código Civil o, lo que es peor aún, que el juez ciegameamente considere que el *memorandum of understanding* debe encajonarse en alguno de estos dos tipos contractuales vulnerando flagrantemente la autonomía privada de las partes.

## 6. Las invasiones y la inversión del principio de accesión

Como todos sabemos, el artículo 938 del Código Civil establece expresamente lo siguiente: “Artículo 938º.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él”.

Asimismo, el artículo 943 del Código Civil se pronuncia en los siguientes términos:

Artículo 943º.- Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.

Como se puede advertir fácilmente, el artículo 943 del Código Civil establece que cuando se edifica de mala fe en terreno ajeno, el edificador no puede reclamar compensación alguna. Sin em-

bargo, en el Perú muchísimas personas construyen en terreno ajeno llegando a convertirse en los legítimos titulares jurídicos del suelo, contraviniendo así directamente la ley. Esto ocurre muchísimo en los pueblos jóvenes y, últimamente, en las playas.

Sobre este particular, el profesor Ghersi (2005) ha contado la siguiente anécdota:

JUEZ: No tengo idea de su antigüedad. Sospecho que tiene tiempo, porque me parece muy extendido. **Ocorre, sin duda, en los pueblos jóvenes. Yo mismo vivo en uno y recuerdo de chico cuando mi padre y madre invadieron el arenal. Nadie nos desalojó. Construimos nuestra casa. Inclusive, el gobierno finalmente la tituló [...].** Mi madre lo recibió. Nadie pretendió decirnos que habíamos construido para el dueño del terreno y que el propietario de la ladrillera invadida, era, en realidad, quien tenía el dominio sobre nuestra casa [el énfasis es nuestro] (p. 61).

Tanto en los pueblos jóvenes como en las playas del sur se construye de mala fe en terreno ajeno. Ambos asentamientos se han poblado como consecuencia de la invasión (Ghersi, 2005, p. 61). Lo curioso, sin embargo, es que teóricamente invadir no solo tiene consecuencias civiles, sino penales. Invadir, como todos sabemos, es un delito. Al respecto, el artículo 202 del Código Penal señala expresamente lo siguiente:

Artículo 202º.- Usurpación.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

Es más, muchas veces podría ser aplicable la modalidad agravada de usurpación porque, de acuerdo a lo previsto en el artículo 204 del Código Penal, ello ocurre cuando la intervención en el inmueble se produce multitudinariamente (que es precisamente la forma en que se invadieron los pueblos jóvenes y las playas): “Artículo 204º.- Formas agravadas de usurpación.- La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación según corresponda, cuando la usurpación se comete: 2. Con la intervención de dos o más personas”.

Lo cierto, sin embargo, es que nadie va preso por invadir. A pesar de que son miles de miles las personas que han invadido pueblos jóvenes y playas, hasta donde llega nuestro conocimiento, nunca se ha hecho efectivo el delito de usurpación en

estos casos. Como señala el profesor Ghersi, “difícilmente un policía persigue, un fiscal denuncia o un juez procesa a una de estas personas” (Ghersi, 2005, p. 61). Como se puede apreciar, existen casos en que la realidad termina derogando fácticamente no solo normas comerciales, sino incluso normas penales.

Como se puede apreciar, en el presente caso se ha formado una costumbre *contra legem* en que la invasión ha pasado de ser un delito a un modo legítimo de adquirir la propiedad. Se trata de una auténtica inversión del principio de accesión. Como bien explica el profesor Ghersi:

PROFESOR: Debido a su masa crítica en la sociedad, esta conducta se convirtió en jurígena y el uso se transformó en costumbre. **La invasión pasó así, de ser un delito, a tener efectos civiles: invirtió el principio de accesión [...]. El proceso que ha venido ocurriendo, al invertirse consuetudinariamente el principio de accesión, es que la invasión pasó a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad.**

JUEZ: Jurídicamente esto no es posible. La jerarquía de las normas coloca a la ley por encima de la costumbre. No puede haber una contradicción de ese tipo sin que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema en su conjunto.

PROFESOR: **Si quieres engañarte, límitate a repetir esos tópicos del derecho civil tradicional, pero pronto te darás cuenta de que no son principios incontrovertibles, sino errores en la definición de cómo opera un sistema normativo [el énfasis es nuestro] (Ghersi, 2005, p. 59).**

Como se puede apreciar, más allá de que el Tribunal Constitucional haya señalado que nuestro ordenamiento jurídico no acoge el desuetudo, lo cierto es que a veces la realidad termina por desbordar al derecho. El caso de la accesión invertida es un excelente ejemplo de cómo la costumbre puede terminar derogando fácticamente una ley y, peor aún, una ley penal.

#### 7. El sinsentido de los tipos contractuales que han sido recogidos en el Código Civil

En un mundo como en el que vivimos en que existe una infinidad de fenómenos sociales que podrían ser tipificados, es imposible que el Estado pueda crear normas supletorias que puedan responder a todas las situaciones de incertidumbre que puedan suscitarse en el marco de dichos contratos.

En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿existe acaso en la legislación peruana alguna norma en que se

distribuyan riesgos de un contrato de energía, un contrato de M&A o un contrato de financiamiento? La respuesta negativa se impone. Como el Código Civil peruano es de 1984, únicamente se regulan los contratos que eran usuales en dicha época. No existen en el Código Civil normas para los contratos más habituales y relevantes que se celebran en la actualidad. ¿O es que acaso existen normas en el Código Civil peruano que se adecúen a la realidad de un contrato de compraventa de acciones, un contrato de construcción, un contrato de financiamiento o un contrato de energía? Por supuesto que no.

Lo peor es que el Código Civil sí recoge tipos contractuales que son absolutamente inusuales e irrelevantes para las relaciones comerciales de hoy en día como el hospedaje, el comodato, la permuta, el depósito, el secuestro, el juego y la apuesta, y un largo etcétera. ¿Cuándo es la relevancia de estos tipos contractuales en la actualidad? Pues ninguna. ¿Tiene sentido en el mundo de las relaciones comerciales que el legislador dicte normas mediante las cuales regule y distribuya los riesgos de dichos contratos? En absoluto. Las normas que distribuyen riesgos en dichos contratos deberían ser derogadas (a pesar de que fácticamente muchas de ellas ya lo están).

## VI. LA REIVINDICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

### A. Fallas del mercado vs. fallas de gobierno

Tradicionalmente siempre hemos vivido bajo el paradigma de que la producción legislativa es un servicio público. Nunca ha existido la menor duda de que es el Estado quien debe crear las normas. Ya hemos visto, sin embargo, que este paradigma es fruto de una incomprensible confusión que se ha mantenido vigente a través de los siglos. No existe ninguna razón de peso por la que el Estado deba ser el creador de normas sectoriales.

Las normas comerciales, como hemos visto, son bienes privados; no públicos. Y si no son bienes públicos, pues entonces no existe una falla del mercado que legitime la intervención del Estado. Los privados se encuentran en las mejores condiciones para crear espontáneamente normas comerciales que satisfagan sus necesidades y expectativas mediante la *Lex Mercatoria*.

Sin embargo, incluso en el negado e hipotético supuesto en que se considerase que la producción de normas es un servicio público y, por ende, competencia del Estado, nosotros no tenemos el menor reparo en afirmar que la producción de normas comerciales por parte del Estado constituye una falla de gobierno.

Como todos sabemos, las fallas del mercado suelen definirse como situaciones en las que el mercado no logra alcanzar la eficiencia, porque el comportamiento individual de cada persona tratando de maximizar sus beneficios se contrapone al supuesto mejor resultado social. Usualmente se identifican como fallas del mercado a la asimetría de información, los monopolios, las externalidades y los bienes públicos (Cabieses, 2013).

Cuando una de estas situaciones se presenta es típico que los economistas aboguen de inmediato por una intervención estatal que remedie la falla. Se asume que el gobierno siempre funcionará como en su versión idealizada sin considerar su realización imperfecta (fallo de gobierno). Sin embargo, como bien señala el profesor Cabieses, pretender justificar la intervención estatal en una falla de mercado puede terminar siendo como pretender apagar un incendio con gasolina (Cabieses, 2013).

En ese sentido, el profesor Demsetz ha señalado que cuando se reclama la intervención estatal en uno de estos supuestos, se está recayendo en la “Falacia del Nirvana”<sup>23</sup> (Demsetz, 1969, p. 1), esto es, errar al comparar la alternativa existente (el mercado) con una ideal (lo que pasaría si el gobierno interviene) y no una real (lo que realmente pasa si el gobierno interviene), es creer que el gobierno no falla y no ser conscientes de que el remedio puede ser peor que la enfermedad (Cabieses, 2013).

En ese sentido, el profesor Benson (2000) se ha pronunciado de la siguiente manera:

La mayoría de los argumentos en defensa de la provisión pública de ley y orden se basan en los fallos del mercado; esto es, que el sector privado será eficiente. La hipótesis implícita en estos argumentos es que cuando falla el mercado, el Estado puede hacerlo mejor. **Pero, aun en el caso de que los argumentos sean correctos, no se sigue necesariamente que la producción estatal de la ley y el orden está justificada [...]. Los hechos aducidos hasta ahora sugieren que las imperfecciones del mercado pueden no ser tan severas como han indicado**

**muchos de los defensores que el Derecho y la aplicación de la Ley sean competencia del sector público** [el énfasis es nuestro]<sup>24</sup> (p. 313).

De igual manera, el profesor Cabieses (2013) ha señalado expresamente lo siguiente:

Y es que, bien vistas las cosas, **el concepto de falla de mercado se contrapone a otro que puede ser bastante más grave, la falla del gobierno, que es cuando la regulación que se crea para remediar una falla de mercado conduce a una situación en la que la sociedad se aleja aún más de la eficiencia** [el énfasis es nuestro].

En nuestra opinión, ante una falla de mercado debe pensarse seriamente si la intervención estatal no generará una de gobierno aún peor (como suele ser el caso). Como bien señala Krueger, “hay que considerar que la intervención del Gobierno podría llevar a mayores desviaciones en el uso eficiente de recursos en comparación con los resultados arrojados por el mercado” (Krueger, 2012, p. 220). En esa línea, resulta pertinente citar a Voltaire cuando señala “lo mejor es enemigo de lo bueno” (“*Le mieux est l’ennemi du bien*”).

En nuestra opinión, el paradigma bajo el cual se predica que el Estado debe ser el principal productor de normas comerciales es uno de esos en que se colisiona frontalmente con la “Falacia del Nirvana”. Y es que es obvio que las normas sectoriales de asignación de riesgos creadas por el Estado se encuentran totalmente alejadas de las expectativas y las necesidades de los comerciantes.

Como bien ha señalado el profesor Benson (2010):

**No se sigue de ello que el sector público haga un trabajo mejor. Probablemente ningún sistema será perfecto. De lo que se trata es de saber cuál es el que genera imperfecciones más significativas.** Nuestra argumentación da a entender que los fallos del sector privado han sido exagerados de forma sustancial por los defensores del Derecho estatal, mientras que se han pasado por alto argumentos significativos relativos a los fallos del Estado [el énfasis es nuestro] (p. 331).

<sup>23</sup> La falacia del Nirvana se refiere a la tendencia de suponer que existe una solución perfecta a un problema en particular. La cita textual del profesor Demsetz es la siguiente: “la opinión que ahora invade la gran economía política pública implícita es la opción correspondiente en las relaciones entre una norma ideal y un arreglo institucional existente “imperfecto”. Este enfoque nirvana difiere considerablemente del enfoque comparativo en el que la elección relevante es entre otros mecanismos de enfoques institucionales reales”.

<sup>24</sup> De igual manera, el profesor Tullock ha señalado que “en cada caso, el problema al que nos enfrentamos al decidir si determinada actividad debe realizarla el mercado o el Estado, es... la maximización del beneficio [neto]. Es evidente que ningún método es perfecto, y también lo es que estamos eligiendo entre dos técnicas que producirán menos que si viviésemos en un mundo perfecto”. Tullock, G. (1970). *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*. Nueva York, Basic Books, pp. 127-128.

Son los privados los que se encuentran en las mejores condiciones para decidir cómo deben ser distribuidos los riesgos de los contratos mediante transacciones repetidas en el tiempo. De esta manera, sin que sea necesaria la intervención del Estado, las normas se van creando progresiva y espontáneamente como consecuencia de la acción humana.

Sinceramente no entendemos por qué siempre se ha vivido bajo el paradigma de que en el ámbito comercial el Estado debe ser el principal productor de normas comerciales. La *Lex Mercatoria* ha cobrado vigor durante los últimos años y ha venido a reclamar un terreno que le pertenece: el derecho comercial.

Así pues, si aceptamos que las normas comerciales son bienes privados, sus principales productores deben ser los privados; no el Estado. En un mundo como el que vivimos la *Lex Mercatoria* ha llegado, y ha llegado para quedarse.

### B. Nuestra propuesta

En nuestra opinión, la mayor parte de las normas sectoriales del Código Civil mediante las cuales se asignan riesgos deberían ser derogadas.

Así, si es que en el marco de una controversia un árbitro advierte que se ha presentado una situación que no está prevista en el contrato y no está claro, por ende, cuál de las partes debe asumir un determinado riesgo, entonces lo lógico es que la *Lex Mercatoria* brinde la respuesta. En nuestra opinión, se trata de la única fuente que puede brindar una solución efectiva a la situación y, en la medida que está basada en las prácticas comerciales, tiene mucho más legitimidad frente a los operadores del comercio internacional.

Si nuestra solución se basa en una norma del Código Civil u otra norma positiva, corremos el riesgo de que la solución que brinde el legislador sea absolutamente arbitraria y no encuentre sustento en las prácticas del comercio. Cuando ello sucede y las partes no entienden la racionalidad de la norma y el porqué de una determinada solución, el ordenamiento jurídico pierde legitimidad.

Se podría señalar que nuestra propuesta es extrema y que no es necesario llegar a ese punto. Así, algunos podrían argumentar que resulta indispensable tipificar las normas porque de lo contrario viviríamos en una absoluta inseguridad jurídica en que los árbitros no tendrían una noción clara de qué norma deben aplicar al resolver una controversia.

A estos ingenuos habría que recordarles que no existen en el Código Civil normas que regulen espe-

cíficamente los contratos comerciales más relevantes como el contrato de compraventa de acciones, el contrato de financiamiento o el contratos de energía y, a pesar de ello, los árbitros no han tenido ningún inconveniente al resolver las controversias que se susciten en torno a estos contratos. ¿Qué es lo que lo explica? Parece contraintuitivo, pero la ausencia de una norma aplicable y la correlativa aplicación de la *Lex Mercatoria* al estas controversias genera importantes externalidades positivas.

La primera externalidad positiva se genera porque cuando las partes saben que no existen normas supletorias que se apliquen, tienen los mayores incentivos para regular en el contrato todas las contingencias que podrían suscitar en el futuro. Así, en ausencia de una norma aplicable, las partes intentan que todos los riesgos estén adecuadamente asignados en el contrato.

Es muy usual, por ende, que en el contrato ya se hayan determinado cuál de las partes asumirá el riesgo de una determinada situación. Si se ponen a pensar en los contratos más usuales de la práctica comercial como los contratos de compraventa de acciones, los contratos de energía o los contratos de financiamiento, puede advertirse fácilmente que las partes son extremadamente minuciosas al negociarlos. Y en la medida que conforme van pasando los años se presentan nuevas situaciones imprevistas, las cláusulas contractuales se van optimizando cada vez más.

Como bien señala Trakman (1983):

El único Derecho que puede mejorar de forma efectiva las condiciones en que se producen los intercambios era el supletorio, es decir, **el Derecho que reconoce la capacidad de los comerciantes para regular sus propios asuntos acudiendo a sus usos, costumbres y prácticas** [el énfasis es nuestro] (pp. 7-8).

Lo anterior, sin embargo, tiene un efecto dominó porque genera a su vez otra externalidad positiva. En la medida que una de las principales fuentes de la *Lex Mercatoria* son los clausulados contractuales estandarizados, el hecho de que sean las partes quienes distribuyan los riesgos del contrato permite que la *Lex Mercatoria* evolucione.

Son precisamente estos nuevos pactos de los particulares los que logran que la *Lex Mercatoria* se adapte con mayor efectividad a las necesidades de los comerciantes. Así, cuando el Estado no se arroga la facultad de los particulares de distribuir los riesgos del contrato, se van creando normas espontáneamente que satisfacen las expectativas de los comerciantes.

Para dichos efectos, en el escenario que proponemos la resolución de los litigios también cumpliría un rol esencial para el desarrollo de la *Lex Mercatoria* porque en ausencia de un esquema rígido y jerarquizado, los laudos y las sentencias servirían para hacer más precisas las normas e incluso para proveer nuevas normas que se adecúen a las expectativas de los comerciantes. Tal y como ha señalado Benson (2010):

La resolución de litigios puede ser una fuente muy importante de modificaciones en las leyes, porque **un juez tendrá que hacer con frecuencia más precisas las normas sobre las que existen diferencias de opinión e incluso proveer nuevas normas, porque las de uso generalizado no se ajustan a la nueva situación.** La nueva norma se convierte en parte del ordenamiento si el grupo relevante la acepta, y no porque sea coactivamente impuesta por alguna autoridad que respalda al tribunal. De este modo, las normas buenas que facilitan la interacción tienden a permanecer por selección a través de tiempo, mientras que las malas sentencias son ignoradas [el énfasis es nuestro] (p. 24).

En el mismo sentido, el profesor Leoni (1961) se ha pronunciado de la siguiente manera:

**Suponiendo que no se produzcan interferencias ajenas a los jueces, ni tampoco una legislación directamente autoritaria a discreción de los jueces, la common law irá evolucionando gradualmente.** Crecerá y se desarrollará de la misma forma que todo el Derecho consuetudinario crece y se desarrolla, en particular como consecuencia del mutuo consentimiento de las partes que intervienen en convenios recíprocos (p. 266).

Finalmente, el profesor Epstein (1980) ha señalado expresamente lo siguiente:

Quedan por descubrir los términos de los contratos ya acordados, normalmente contenidos en el propio lenguaje y en las circunstancias de su elaboración y ejecución. Incluso con estas ayudas, **quedarán muchos huecos en el contrato, y los tribunales (privados o públicos) se verán obligados, especialmente en los contratos parcialmente ejecutados, a elaborar los términos que las partes no hayan elaborado por sí mismas.** Para rellenar los huecos, los tribunales han mirado a menudo a la costumbre o a las prácticas comerciales. Dicho proceder judicial tiene sentido y para nuestros propósitos introduce un elemento de dinamismo en el sistema (p. 266).

En atención a lo anterior, nosotros consideramos que la regulación exhaustiva del legislador en el

mundo comercial –en el cual llega muchas veces al punto de suplantar a las partes en la distribución de los riesgos del contrato–, en primer lugar, le resta incentivos a las partes en la regulación exhaustiva de sus contratos; y, por si esto fuera poco, limita y estanca el desarrollo de la *Lex Mercatoria*.

De esta manera, las normas arbitrarias de distribución de riesgos que se recogen en el Código Civil o en otras normas especiales constituyen los peores obstáculos para que el derecho comercial se adapte a las nuevas necesidades de los comerciantes.

El problema es que cuando se trata de la distribución de riesgos de todos los sectores económicos, mientras la realidad avanza a años luz, el derecho positivo se queda estancado por años. Es obvio que ya no vivimos en 1984, fecha en que entró en vigencia el Código Civil peruano. Evidentemente las normas que se diseñaron en 1984 no responden con efectividad a la infinidad de situaciones que se pueden presentar hoy. Se trata de una realidad totalmente distinta. Pero ello no solamente ocurre con las normas de 1984, sino también con las normas que se pudieran haber creado en 1990, del 2000 y en el 2010.

Un contrato de compraventa de acciones, como señalamos anteriormente, es prácticamente igual en Perú, en Estados Unidos, en Kenia y en España. Sin embargo, el contrato de compraventa de acciones que se celebra hoy en día en dichos países no es el mismo que se celebraba hace 10 años. Los contratos y la *Lex Mercatoria* cambian continuamente para adecuarse a las nuevas necesidades de los comerciantes, y el derecho debe ser lo suficientemente flexible como para adecuarse y brindar respuestas inmediatas y efectivas a dichas nuevas exigencias.

Los Principios UNIDROIT constituyen el mejor ejemplo: se elaboraron en 1994, se modificaron en el 2004, se volvieron a modificar en el 2010 y recientemente se han vuelto a modificar en el 2016. Han estado en constante evolución para responder de manera efectiva a las nuevas necesidades de los operadores del comercio internacional.

En efecto, hace algunos años el Consejo de Gobierno de UNIDROIT advirtió que los Principios UNIDROIT del 2010 no brindaban una respuesta efectiva a los contratos de larga duración, por lo que reaccionaron inmediatamente y empezaron a trabajar en una nueva edición que fue aprobada pocos años después. En ese sentido, la introducción de los Principios UNIDROIT del 2016 señaló expresamente lo siguiente:

The 2016 edition of the UNIDROIT Principles is not intended as a revision of the previous edi-

tions. As amply demonstrated by the extensive body of case law and bibliographic references on the UNILEX database, the UNIDROIT Principles continue to be well received generally and have not given rise in practice to any significant difficulties of application. The main objective of the fourth edition of the UNIDROIT Principles is to take better into account the special needs of long-term contracts.

A los expertos de UNIDROIT, sin embargo, nunca se les ocurriría subrogarse en el rol de las partes y decidir cómo se van a distribuir, por ejemplo, los riesgos en un contrato de compraventa o de un contrato de construcción. Los expertos que elaboran estos principios saben que en el comercio internacional siempre hay nuevas exigencias y, si saben que ello es así, deben brindar nuevas respuestas cuanto antes. Y nótese que a pesar de ser un texto que recoge normas y principios generales se encuentra en constante evolución.

Si ello sucede con Principios UNIDROIT, con mayor razón las normas sectoriales mediante las que se distribuyen riesgos deben ser flexibles y deben poder adecuarse sin mayores trabas a las nuevas exigencias que plantea la realidad. Claramente estas normas no pueden tener vocación de permanencia. Son dinámicas por naturaleza. Así pues, si las necesidades de los comerciantes cambian, deben cambiar también las normas que responden a dichas necesidades. Sin embargo, cuando estas necesidades son reguladas mediante el derecho positivo, la posibilidad de amoldar las normas a la práctica mercantil es nula.

Ese es precisamente el problema con el Código Civil peruano: sigue siendo el mismo desde 1984. Formulemos, pues, algunas interrogantes: ¿no creen ustedes que el título de compraventa del Código Civil por ejemplo se encuentra totalmente desfasado y no tiene ninguna armonía con los contratos de compraventa de acciones que se celebran en la práctica comercial? ¿Tiene sentido que el legislador diseñe normas para los contratos de compraventa cuando la distribución de riesgos de un contrato de compraventa de acciones y un contrato de compraventa de mercaderías es absolutamente distinto? ¿Por qué equiparar dos contratos que son por naturaleza distintos? ¿Es que acaso no es evidente que las normas sobre contrato de obra del Código Civil peruano no responden a las exigencias de un contrato de construcción? ¿Es que acaso las normas de contrato de obra tienen alguna correlación con los contratos FIDIC?

El derecho positivo tiene vocación de permanencia. Modificar un Código Civil es una labor complicadísima, con una alta dosis de negociación polí-

tica. Han existido varios intentos de modificar el Código Civil peruano, todos ellos frustrados. Y esto tiene una explicación muy sencilla: los intentos de cambiar la legislación constituyen auténticos litigios en que median intereses políticos, por lo que es muy difícil alcanzar un consenso. La norma puede encontrarse totalmente desfasada y aún así seguir en vigencia porque existen intereses políticos de por medio. En palabras de la profesora Neely (1982): “Los intentos de cambiar la legislación pueden caracterizarse como litigios, **pero son litigios políticos más que pleitos objetivos que, teóricamente, deberían ser la principal ocupación de los tribunales**” (pp. 166-167).

Como bien señala Neely, la modificación de las normas y, por ende, la correlativa evolución de la *Lex Mercatoria* debería ser la principal ocupación de los tribunales. No tiene sentido, evidentemente, que las normas comerciales se modifiquen en sala cerrada. Es un despropósito que las normas comerciales mediante las que se asignan riesgos sean las mismas 30 años después. Es más, lo más grave, como señalado hasta el cansancio, es que lo que puede terminar ocurriendo es que la costumbre termine derogando fácticamente a la ley.

Todo parece indicar que no tiene sentido que el legislador distribuya riesgos de forma general. Hoy en día existe tal diversidad de contratos que si el legislador quisiese legislar para dar respuesta a las situaciones que se pueden presentar en cada uno de ellos, tendría que crear un Código Civil con miles –quizá millones– de artículos. Pero ese no es el peor problema. Lo peor es que no importa que tan abiertas estén sus ventanas, el legislador no cuenta con información suficiente para dictaminar normas que respondan de forma efectiva a cada uno de dichos contratos, por lo que muchas veces termina creando normas absolutamente arbitrarias. El Estado tiene que dejar que la *Lex Mercatoria* cumpla su trabajo.

## VII. CONCLUSIONES

Primera: El derecho comercial es un orden social fruto de la acción humana. Las normas comerciales, por ende, no son una invención del legislador, sino el resultado de un proceso praxeológico.

La *Lex Mercatoria* no se produce de forma monopólica y constructivista, sino más bien espontánea. Es flexible por definición y evoluciona con el pasar del tiempo para adecuarse a las nuevas necesidades de los comerciantes.

Segunda: No es que la *Lex Mercatoria* está flotando en el cielo en el mundo de los espíritus incorpóreos. Al contrario, se encuentra por antonomasia

sia en el mundo terrenal. Está enriquecida por las transacciones que celebran los individuos todos los días. Son estos últimos quienes de forma espontánea deciden que los riesgos contractuales se asignen de una u otra determinada manera.

Tercera: La *Lex Mercatoria* es una actividad normativa enriquecida permanentemente por las prácticas contractuales, los usos, la jurisprudencia arbitral y los principios generales, con aspiraciones de uniformización del derecho comercial.

Cuarta: La *Lex Mercatoria* está formada por un sistema de reglas transnacionales que encuentra respaldo en las transacciones internacionales que se celebran todos los días y, por ende, satisface efectivamente las expectativas y las necesidades de los comerciantes.

Quinta: Cuando hablamos de *Lex Mercatoria* no existe una pirámide con jerarquías claramente establecidas, sino un conglomerado de reglas que están dispersas en muchos lados y que provienen de diversas fuentes. Se trata, pues, de una red en que existe una pluralidad de fuentes normativas.

Sexta: Las normas comerciales constituyen bienes privados porque tienen consumo rival y bajos costos de exclusión. Siendo ello así, desde la perspectiva económica, quien debe producir normas y resolver controversias en el mundo comercial son los mismos privados; no el Estado.

Séptima: En el mundo de las relaciones económicas internacionales, la pirámide de Kelsen está de cabeza. No es verdad que las normas comerciales más importantes deban ser aquellas diseñadas en sala cerrada por un grupo de legisladores.

No entendemos por qué siempre se ha vivido bajo el paradigma de que en el ámbito comercial el Estado debe ser el principal productor de normas comerciales. La *Lex Mercatoria* ha cobrado vigor durante los últimos años y ha venido a reclamar un terreno que le pertenece: el derecho comercial.

Octava: Desde la creación de los Estados-Nación ha existido una especie de confusión. Si se analizan con detenimiento los ejemplos que utilizaba Hobbes, se verá que lo que él exigía era un monopolio del Estado para producir normas y resolver conflictos penales. Pero estas necesidades del ser humano se malinterpretaron, y ahí dónde era necesaria la presencia del Estado para promulgar normas penales y resolver controversias penales, se interpretó que el Estado debía tener el monopolio para producir todas las normas jurídicas y resolver todo tipo de controversias.

Ese incomprensible salto lógico se ha mantenido vigente a través de siglos haciéndole muchísimo daño a la sociedad porque el Estado ha venido cumpliendo tareas que los privados podían cumplir mejor. El derecho comercial siempre debió haber quedado en manos de los privados.

Novena: En el Código Civil peruano nos encontramos con un sinnúmero de normas imperativas o supletorias en que el Estado se ha arrogado la potestad de asignar los riesgos de tipos contractuales que pertenecen a diversos sectores económicos. Si se analizan algunas de dichas normas, se podrá apreciar que la mayoría no responden en absoluto a las necesidades y expectativas de los comerciantes.

Décima: En el derecho comercial, la fuente de derecho por antonomasia debería ser la *Lex Mercatoria*. No existe ninguna razón por la cual un legislador debe dictarle a las partes cómo deben distribuir sus riesgos en los contratos que celebran.

Décimo primera: Las normas sectoriales del Código Civil mediante las cuales se asignan riesgos deberían ser derogadas.

Décimo segunda: Si es que en el marco de una controversia un árbitro advierte que se ha presentado una situación que no está prevista en el contrato y no está claro, por ende, cuál de las partes debe asumir un determinado riesgo, entonces lo lógico es que la *Lex Mercatoria* brinde la respuesta. Se trata de la única fuente que puede brindar una solución efectiva a la situación y, en la medida que está basada en las prácticas comerciales, tiene mucho más legitimidad frente a los comerciantes. 🗑️

## REFERENCIAS

- Afalión, E. (1999). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Arribas Irazola, G. (2013). *Diseñando titularidades: el caso de la accesión por construcción en terreno ajeno*. En: Repositorio Digital de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para obtener el título de abogado, Lima, Perú.
- Auerbach, J. (1983). *Justice without Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Benegas Lynch, A. (1999). *Bienes públicos, externalidades y los free-riders: el argumento reconsiderado*, Estudios públicos número 71. En: <http://www.hacer.org/pdf/Bienes.pdf> (consulta: 27 de enero de 2018).
- Benson, B. (2000). *Justicia sin Estado*. Madrid: Unión Editorial.

- Berman, H. (1983). *Law and Revolution the Formation of Western Legal Tradition*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. doi: 10.2307/1963460
- Buchanan, J. (1972). *Before Public Choice. Explorations in the Theory of Anarchy*. Blacksburg: Gordon Tullock.
- Bullard, A. (2007). *Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?* En: Revista de Derecho THĒMIS (53), Lima.
- Bullard, A. (2011). *Parchando el Código: la reforma "a media caña" del libro de reales*. En: Revista de Derecho THĒMIS (60), Lima, 2011.
- Bullard, A. (2013). *¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación*. En: Revista Derecho y Sociedad (38), Lima.
- Bullard, A. (s/f). *Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?* En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores.
- Cabieses, G. (2013). *Las fallas del mercado y las fallas del gobierno*. Elcato.org., 2013. En: <https://www.elcato.org/las-fallas-del-mercado-y-las-fallas-del-gobierno> (consulta: 27 de enero de 2018).
- Calabresi, G. y Douglas M. (1992). *Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la catedral*. En: Revista de Derecho THĒMIS (21), Lima.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha Argentina, Tomo 1.
- Castillo Freyre, M. (2001). *El contrato de arrendamiento-venta*. Estudio Castillo Freyre.com, p. 3. En: [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/el\\_contrato\\_de\\_arrendamiento\\_venta.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/el_contrato_de_arrendamiento_venta.pdf) (consulta: 20 de enero 2018).
- Demsetz, H. (1969). *Information and Efficiency: Another Viewpoint*. Journal of Law and Economics n° 12, Chicago, 1969. En: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/466657> (consulta: 25 de enero de 2018). doi: 10.1086/466657
- De Jesús, A. (2008). *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*. En: Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet, Bogotá.
- De Jesús, A. (2012). *The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society*. En: TPLI Series on Transnational Petroleum Law, Volume 1, número 1.
- Epstein, R. (1980). *The Static Concept of the Common Law*. Journal of Legal Studies n° 9, Chicago. doi: 10.1086/467639
- Falla Jara, A. (1994). *Accidentes, responsabilidad civil y propósitos sociales*. En: Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- Ferrero, G. (1942). *The Principles of Power: the Great Political Crises of History*. G.P. Putnam's sons, Nueva York, 1942. Citado por: Hayek, Friedrich. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge, Volumen 1.
- Fuller, L. (1981). *The Principles of Social Order*. Durham N.C.: Duke University Press.
- García Maynez, E. (1949). *Diálogo sobre las Fuentes Formales del Derecho*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo XI, número 41, México D.F.
- Gherzi, E. (1991). *El costo de la legalidad: una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho*. En: Revista de Derecho THĒMIS (19), Lima.
- Gherzi, E. (2005). *Diálogo entre el juez y el profesor*. En: Revista de Derecho THĒMIS (51), Lima.
- Gherzi, E. (2010). *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*. Revista de Economía y Derecho n° 7. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Volumen 7.
- Hayek, F. (1945). *El uso del conocimiento en la sociedad*. American Economic Review, XXV 4, 1945, p. 519-520. En: [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_080\\_12.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_080_12.pdf) (Consulta: 20 de enero de 2018).
- Hayek, F. (1970). *Los errores del constructivismo*. Revista del Centro de Estudios Públicos n° 29, Chicago. En: [http://www.riosmauricio.com/wp-content/uploads/2013/02/Hayek\\_-Los-errores-del-constructivismo.pdf](http://www.riosmauricio.com/wp-content/uploads/2013/02/Hayek_-Los-errores-del-constructivismo.pdf) (Consulta: 21 de enero de 2018).
- Hayek, F. (1978). *Three Sources of Human Values*. The London School of Economics and Political Science. Londres.
- Hayek, F. (1998). *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge, Volumen 1.

- Hernández Díaz, C. A. (2010). *La costumbre como fuente del Derecho*. Criterio Jurídico Garantista, año 2, n° 2, 2010.
- Hobbes, T. (s/f). *Leviatán*. Freeditorial, Madrid. En: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf> (consulta: 23 de enero de 2018).
- Hume, D. (2000). *A Treatise on Human Nature*. Oxford: Norton & Norton.
- International chamber of commerce. (2014). *Developing neutral legal standards for international contracts. A-national rules as the applicable law in international commercial contracts*. Note to the Executive Board. Document n° 460-23/681, Geneva, 2014.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Krueger, A. (s/f). *Fallas del Gobierno en el desarrollo*. Journal of Economic Perspectives, Volumen 4, número 3. En: <http://portalesn2.puj.edu.co/javevirtualoj/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/587/772> (consulta: 27 de enero de 2018).
- Latorre, Á. (2002). *Introducción al Derecho*. Ariel Derecho, Alicante.
- Leoni, B. (1961). *Freedom and the Law*. Nash Publishing, Los Angeles.
- Loquin, E. (2007) *Les règles matérielles internationales*. En: *Recueil des Cours*, Académie de droit international de la Haye, Tome 322, Martinus Nijhoff Publishers.
- Martínez Roldán, L. (1994). *Curso de Teoría General del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, Cuarta edición.
- Menger, C. (1963). *Problem of Economics and Sociology*. University of Illinois Press, Illinois.
- Mises, L. (2015). *La acción humana: tratado de economía*. Madrid: Unión Editorial, p. 13.
- Neely, R. (1982). *Why Courts Don't Work?* McGraw-Hill, Nueva York.
- Núñez del Prado, F. (2016). *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano* (presentación de Alfredo Bullard). Lima: Thomson Reuters.
- Osorio, M. (1986). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Datascan, S.A., Guatemala.
- Pasquel Rodríguez, E. y Bayly Letts, A. (2003). *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: *Revista de Derecho THĒMIS* (46). Lima.
- Priori Posada, G. (s/f). *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: *Revista de Derecho Ius et Veritas* (26), Lima.
- Roemer, A. (s/f). *Economía del Crimen*. México D.F.: Limusa.
- Rothbard, M. (2012). *El Manifiesto Libertario*. Editorial Grito Sagrado, Buenos Aires. En: <http://www.miseshispano.org/wp-content/uploads/2012/11/El-Manifiesto-Libertario.pdf> (consulta: 27 de enero de 2018).
- Salguero García, J. (s/f). *Los Contratos FIDIC*. En: <http://www.eoi.es/blogs/embacon/2012/04/02/los-contratos-fidic/> (consulta: 24 de febrero de 2018).
- Savigny, K. (2010). *De la Vocación de nuestro Siglo*. Editorial La España Moderna. Madrid. Prólogo de A. Posada. Citado por: Ghersi, Enrique. *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*. *Revista de Economía y Derecho* (7), Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Volumen 7, Lima.
- Smith, A. (1937). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth Nations*. Modern Library, Nueva York.
- Trakman, L. (1983). *The Law Merchant: the Evolution of Commercial Law*. Fred B. Rothman and Co., Littleton, Colorado.
- Tullock, G. (1970). *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*. Nueva York, Basic Books.
- Voltaire. (s/f). *Dictionnaire Philosophique, s.v. "Loi" reimpresso en Oeuvres Philosophiques de Voltaire*. ad. Hachette, París, sin fecha, XVIII, p. 432. Citado por: Hayek, F. *Los errores del constructivismo*. *Revista del Centro de Estudios Públicos* (29), Chicago. En: [http://www.riosmauricio.com/wp-content/uploads/2013/02/Hayek\\_-Los-errores-del-constructivismo.pdf](http://www.riosmauricio.com/wp-content/uploads/2013/02/Hayek_-Los-errores-del-constructivismo.pdf) (Consulta: 21 de enero de 2018).