

Joint-Resolution Americana de 1933 y de la *Gold Clause Act* canadiense de 1937, en relación a contratos celebrados antes de la promulgación de dichos instrumentos, por la Corte de Casación francesa en 1950; por la Corte de Casación Belga en 1938, por el *Reichsgericht* alemán en 1936; y por el *Hoge Raad* holandés en 1936.

4. La "cláusula de congelación"

El anterior planteamiento amerita una segunda interrogante ¿podrán las partes acordar, expresamente, que el derecho por ellos escogido se aplique tal y como es en un momento determinado diferente del de la aplicación? La respuesta es positiva. Se trata de las llamadas "cláusulas de congelación" o "*freezing provisions*".

Se considera que si el juez venezolano admitiere la "cláusula de congelación", aplicaría la *lex causae* en el estado que indiquen las partes, bajo reserva del orden público internacional venezolano o del lugar donde debe cumplirse la prestación y salvo disposiciones de aplicación inmediata o necesaria vigentes en uno y otro estado (Hernández-Breton, 1995: 86, nota 220). Pero el efecto que se deriva de las mismas es el de la incorporación de las normas dispositivas del derecho extranjero, como contenido de la relación contractual y, en consecuencia, de la función de reglamentación que ejerce *la autonomía de la voluntad*, pero no de la función de localización que desempeña *la autonomía de las partes*.

JURISPRUDENCIA

Contratos internacionales: calificación

Los contratos se ubican en el campo del Derecho Internacional Privado cuando las partes que se obliguen tengan distintos domicilios en diferentes Estados; se celebren en un Estado y los efectos deban cumplirse en otro o, cuando las partes son de un mismo Estado y celebran el contrato en otro país, lo que conlleva a realizar un estudio para determinar el Derecho aplicable en caso que surgiera un conflicto.

Montoya, Kociecki & Asociados, Sociedad Civil Vs. Alfred Missri. Sentencia No. 01892, 10/10/2000. Exp. No. 11258. Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco.

SOLUCIÓN SUBSIDIARIA

Fabiola Romero

804

ARTÍCULO 30

A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

SUMARIO

I. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN. 1. LOS DOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN QUE SE IMPONEN EN EL DERECHO COMPARADO (MÉTODO TRADICIONAL Y PRINCIPIO DE PROXIMIDAD). 2. EL MÉTODO TRADICIONAL: 2.1. *Los factores de conexión utilizados*. 2.2. *La codificación convencional*. 2.3. *La codificación nacional*. 3. EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD. 3.1. *Evolución en la doctrina y la jurisprudencia suizas*. 3.2. *Adopción por la codificación convencional*. 3.3. *Soluciones en la codificación nacional*. 3.4. *Juicio crítico*. 3.5. *Comentario especial sobre la solución contenida en el Código Civil de Louisiana*. 4. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LA CODIFICACIÓN MÁS MODERNA. 5. SOLUCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (MÉXICO 1994) Y DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA. 6. EL DÉPEÇAGE JUDICIAL. II. ÁMBITO DE LA *LEX CONTRACTUS*.

1. LA TENDENCIA HACIA LA APLICACIÓN DE UN DERECHO ÚNICO. 2. LAS SOLUCIONES CONVENCIONALES. 3. LAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS. III. EL DERECHO ESPONTÁNEO. 1. EL DESARROLLO DE LAS NORMAS NO VINCULANTES. 2. LA FUNCIÓN DE ESTAS NORMAS. 3. LOS USOS EN LAS LEYES Y CONVENCIONES UNIFORMES. 4. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y LOS CONTRATOS TIPO. 5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 6. LOS PRINCIPIOS PARA LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES ELABORADOS POR UNIDROIT. 7. LA ADOPCIÓN DEL DERECHO ESPONTÁNEO POR LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA (MÉXICO 1994). JURISPRUDENCIA*.

I. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

Cuando las partes, sea por ignorancia o por negligencia, no han acordado por cual derecho se regirá el contrato que han celebrado, las soluciones que aporta el derecho positivo han sido extremadamente distintas entre uno y otro ordenamiento jurídico estatal. Lo que confirma que este asunto ha sido uno de los más debatidos en el Derecho Internacional Privado.

1. Los dos métodos de solución que se imponen en el derecho comparado (método tradicional y principio de proximidad)

Es necesario, en primer lugar, precisar que son varios los métodos que se han utilizado para dar solución a la cuestión de determinar cual es el derecho aplicable al contrato, a falta de elección de las partes. Desde un método tradicional o clásico que consiste en obedecer directamente a un factor de conexión rígido para el régimen contractual o para cada uno de los elementos del contrato, pasando por el de investigar, en cada caso, cuál ha sido la voluntad hipotética de las partes o el de localizar, también en cada caso, el centro de gravedad de la relación jurídica o *the proper law of the*

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

contract, hasta llegar al método que implica determinar, igualmente para cada caso, el derecho que tiene el vínculo más estrecho con el contrato.

No obstante, se observa que tales métodos, de alguna manera, recurren siempre a la utilización de los factores de conexión específicos, a los cuales llegan como consecuencia de los índices o principios establecidos por la doctrina, la jurisprudencia o la legislación. No en vano, con ocasión de la sustitución del método de la voluntad hipotética por el del vínculo más estrecho, se ha expresado: "Nunca entendí la satisfacción y agitación intelectual que algunos de mis colegas han podido experimentar, *words, words, words*" (Kahn, 1973: 613). Considera este autor que toda regla de conflicto está motivada por el deseo de encontrar el sistema jurídico con el cual una situación dada presenta el vínculo más estrecho; este principio es la motivación del Derecho Internacional Privado y su evaluación constituye el objeto de esta disciplina. Esto significa que en materia de contratos se ha elevado a nivel de regla el principio de base del sistema entero de conflicto de leyes.

Básicamente son dos los métodos que se emplean, hoy día en el derecho comparado, para la determinación del derecho aplicable a falta de elección de las partes: el que consiste en señalar factores de conexión rígidos - concepción clásica o tradicional, llamada también apriorística (Aguilar Navarro, 1979: Vol. II, 570)-; y aquél que consiste en determinar cuál es el ordenamiento jurídico estatal que tiene el vínculo más estrecho con el contrato -también llamado principio de proximidad-, el cual se impone en la moderna codificación convencional sobre contratación internacional en general y, también, en algunas legislaciones nacionales.

2. El método tradicional

2.1. Los factores de conexión utilizados

Antes de demostrar tal apreciación se indicarán, de manera muy breve, las ventajas y desventajas que ya han sido acuñadas por la doctrina a cada uno de los elementos que el método clásico o apriorístico ha utilizado como factor de conexión: lugar de celebración, lugar de ejecución, nacionalidad, domicilio o residencia habitual de una de las partes o común de ambas partes.

El lugar de celebración ha sido la conexión más antigua y quizás la que ha contado con un número mayor de partidarios. En apoyo a ella se ha

invocado el hecho de que es el lugar donde nace el contrato y las ventajas prácticas que presenta por ser de más fácil conocimiento para las partes, además de ser único y determinado. Sin embargo, tales ventajas se han visto amenazadas por los contratos celebrados a distancia, forma cada vez más frecuente en la contratación internacional, que exige de una calificación autónoma o autárquica para la determinación del lugar de celebración. Igualmente, se ha apuntado como desventaja su carácter accidental, ya que los contratos internacionales pueden ser concluidos en cualquier lugar, en el cual los contratantes no tienen ningún interés permanente o tienen solamente un interés secundario.

Si bien el lugar de ejecución se manifiesta como más vinculado a los intereses de las partes, porque es allí donde el objeto del contrato será obtenido o su inexecución constatada; presenta el inconveniente de saber, en los contratos de prestaciones recíprocas, cual de ellas es la determinante. Además, frecuentemente sucede que el lugar de ejecución no ha sido precisado en el contrato o se han indicado múltiples lugares para la ejecución, lo que implica que se prevea un factor de conexión subsidiario o se establezca cuál de las diversas prestaciones será la decisiva. Por ello, se ha sostenido, respecto de la conexión *lex executionis*, que la misma no es fija, ni segura, ya que, en definitiva, el derecho aplicable al contrato podría depender de "un accidente posterior como el domicilio del obligado", lo que podría conducir a un "círculo vicioso", pues si las partes no han determinado el lugar de cumplimiento del contrato, éste debe decidirse por la ley que rija la obligación (Sánchez de Bustamante, 1931: T.I, 197).

Los factores de conexión personales, no presentan mayores inconvenientes cuando ambas partes tienen la misma nacionalidad, domicilio o residencia. Por el contrario, cuando se trate de contratos bilaterales o sinalagmáticos, también será necesario precisar de un factor subsidiario o establecer cuál de las partes es la determinante. El criterio de la ley personal, arraigado en determinada época y en posiciones doctrinales típicas³¹¹, ha sufrido un deterioro pronosticado como fatal y definitivo que, últimamente, ha renacido parcialmente en atención a la noción de la prestación característica, que como veremos se empeña en justificar la residencia habi-

³¹¹ Como la que sostiene que el derecho de la nacionalidad es el estatuto primario de la obligación, porque ella se basa en el mandamiento que la ordenación jurídica dirige al deudor y sólo el derecho nacional tiene poder reconocido, en derecho internacional, para dirigir mandamientos al deudor -Zitelmann y Frankenstein-. Estos autores, según Wolff, atribuyen a la soberanía un poder que ella misma no reclama (Wolff, 1936: 213).

tual o sede de una de las partes contratante como la conexión llamada a regir el contrato (Aguilar Navarro, 1979: Vol. II, 572 y 573).

En relación con el principio de la nacionalidad, su crisis se explica en función de la problemática que encierra la múltiple nacionalidad, la apatridia, el reconocimiento generalizado de los derechos civiles a los extranjeros, las facilidades otorgadas para el cambio de nacionalidad y, sobre todo en Europa, de la movilidad de la población que ocasiona la pérdida de la identidad de las poblaciones inmigrantes en razón de la estructura comunitaria.

2.2. La codificación convencional

Los instrumentos que han adoptado las soluciones del método tradicional o clásico se han visto en la necesidad de atenerse a un factor de conexión en forma principal y a otros en forma subsidiaria.

En esta categoría se ubican los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, los cuales después de atribuir competencia al derecho del lugar de ejecución (Art. 33 del Tratado de 1889) y, en su defecto, al del lugar de celebración (Arts. 37 y 40 del Tratado de 1940), interpretan, mediante calificaciones autárquicas, lo que debe entenderse por lugar de cumplimiento en las diversas categorías de contratos.

Por consiguiente, en estos Tratados, cada tipo de contrato queda localizado de la manera siguiente: los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas en el lugar donde ellas existen en el momento de la celebración; los que recaigan sobre cosas determinadas por su género o referentes a cosas fungibles en el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato; los que versen sobre prestación de servicios: si recaen sobre cosas, en el lugar donde ellas existían al tiempo de la celebración del contrato, si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, en el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración, si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, en el lugar donde hayan de producirse sus efectos y fuera de estos casos, en el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato (Art. 34 del Tratado de 1889 y Art. 38 del Tratado de 1940). No parece exagerada la afirmación que se hace en el sentido de que estos Tratados siguen, sin saberlo, la doctrina de la prestación característica (Boggiano, 1988: Tomo II, 47)³¹².

El Código Bustamante (1928) somete la sustancia de las obligaciones contractuales a la ley personal común de ambas partes contratantes

³¹² Ver comentarios respecto de estas soluciones en Kaller de Orchansky, 1966: 519 y 533.

—domicilio o nacionalidad o la que haya adoptado o adopte cada Estado contratante— y, en su defecto, a la ley del lugar de celebración (Art. 186 en concordancia con el Art. 7), pero deja a salvo los contratos por adhesión, los cuales quedan sometidos a la ley del que los ofrece o los prepara (Art. 185).

Para justificar esta solución, Sánchez de Bustamante, expresa: “Ante el silencio absoluto de la voluntad y a falta de todo elemento para conocerla, debe acudirse a una presunción y podemos repetir que estas presunciones no pueden ser idénticas para todo tipo de contratos. Así, en los contratos de adhesión debe prevalecer la ley del que los ofrece o prepara y en los demás hay que colocar en primer término la ley personal común de los contratantes, y después, como última regla la del lugar de celebración” (Sánchez de Bustamante, 1931: T. II, 260).

El Convenio de La Haya de 1955, en materia de derecho aplicable a contratos de compraventa, acoge como factor de conexión, el lugar donde el vendedor tenga su residencia habitual o donde éste tenga su establecimiento, para el momento en que reciba el pedido, dependiendo de que el vendedor sea una persona física o jurídica (Art. 3). Al respecto se afirma que con el texto de esta disposición se quiso evitar las dificultades que se puedan presentar con el criterio de la prestación característica (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 260)

2.3. La codificación nacional

Dentro del método tradicional o clásico también se ubican los siguientes instrumentos de la codificación nacional: la Ley checoslovaca de 1963, la cual en el artículo 10, después de someter las relaciones patrimoniales a la legislación que razonablemente esté vinculada, fija analíticamente a cada tipo de contrato una conexión determinada. Lo que equivale a establecer conexiones obligatorias para el juez, cuando las partes contratantes no hayan previsto el derecho aplicable.

La Ley polaca (1965) consagra como factor de conexión principal al domicilio común para el momento de la celebración del contrato y en su defecto, toma en cuenta, según el caso, al domicilio del vendedor, empresario, mandatario, comisionado, corredor, transportista, expedidor, consignatario o depositario (Arts. 26 y 27).

El Código Civil portugués (1967), somete a los contratos sinalagmáticos a la residencia habitual común de los contratantes y, en forma subsidiaria, a la ley de la residencia habitual del que concede el beneficio en los contratos gratuitos y a la ley del lugar de celebración en los demás contratos (Art. 42).

El Código Civil español (1999) establece como factor de conexión principal a la nacionalidad común de las partes y, como primer elemento subsidiario, a la residencia habitual común y, finalmente, al lugar de celebración (aparte único del Art. 10 (5)).

La Ley austriaca (1978), en relación a los contratos unilaterales, adopta como factor de conexión al lugar de la residencia habitual del deudor, y en cuanto a los contratos sinalagmáticos establece como principio de base a la residencia habitual de aquella parte que no debe dinero, al menos en forma relevante (Arts. 36 y 37).

El Código Civil peruano (1984) insiste en el lugar de cumplimiento del contrato como factor de conexión principal y subsidiariamente al lugar de cumplimiento de la obligación principal y, en defecto de éste, el lugar de celebración (Art. 2.095).

El Código Civil de Yemen (1992) consagra, en el artículo 30, el domicilio común de las partes y en su defecto al lugar de celebración.

3. El principio de proximidad

3.1. Evolución en la doctrina y la jurisprudencia suizas

La formulación del principio del vínculo más estrecho se ha atribuido a Westlake, quien en la primera edición de su obra “*Private International Law*”, publicada en 1958, se ha referido al “*sistem of law with the transaction has its closet and most real connection*” (Kahn, 1973: 612). Este principio continúa y desarrolla la concepción savigniana de la localización de las relaciones jurídicas y aprovecha la experiencia de la jurisprudencia angloamericana y, especialmente, de la suiza: es lo que se ha llamado “principio de proximidad”, el cual ha surgido “como respuesta al reproche de abstracción adjudicado a la escuela savigniana, especialmente, pero no exclusivamente por los americanos” (Broggini, 1988: 136 y 137).

El principio del vínculo más estrecho se manifiesta en la jurisprudencia suiza, por primera vez en el caso “*Chevale*”, en 1934, pero, manteniendo la idea de la voluntad hipotética. Esta sentencia expresa en sus considerandos: “En el caso particular las partes no han convenido expresamente el derecho aplicable... hay que examinar entonces con cual de los dos países en causa el contrato tiene la relación más estrecha. El derecho del país así indicado es, de hecho, el más próximo, es por lo que se puede

partir de la idea de que las partes contratantes lo han querido presuntamente como derecho aplicable o en todo caso, lo hubieren querido si ellas hubieren pensado en regular esta cuestión" (Schnitzer, 1968: 558 y 559).

Posteriormente, la doctrina se pronunció en contra de la voluntad hipotética, quedando formulado el principio de la siguiente manera: "Los contratos son gobernados por la ley escogida por las partes expresamente o, de manera concluyente, por la interpretación de todos los elementos de hecho"; y "cuando una voluntad determinada de las partes no pueda ser establecida, es aplicable la ley del país con la cual la relación en causa tiene el vínculo más estrecho" (Schnitzer, 1968: 559).

En otra oportunidad, se afirmó que la búsqueda del vínculo más estrecho debe hacerse a partir de la naturaleza del comercio mismo; y por cuanto el lugar donde el comerciante ejerce la actividad profesional es el lugar que primero se conoce, la relación debe ser localizada a partir de aquel que se encarga de la actividad profesional y no del cliente. Es entonces, el derecho del lugar del establecimiento donde el cliente se ha dirigido el que debe ser aplicado a las relaciones jurídicas de las dos partes: el derecho del vendedor es el aplicable, ya que la compra no es sino una actividad preparatoria a la introducción ulterior de la mercancía para la venta en el circuito económico; igualmente, este principio es indicado para regular contratos celebrados fuera de la actividad comercial y los celebrados a través de los intermediarios (Schnitzer, 1968: 560 y 561). En tal sentido, el principio del vínculo más estrecho se concretizó en el lugar donde el cliente se ha dirigido.

Tales ideas posteriormente continuaron evolucionando hasta que se fijó el contenido característico de cada obligación para así determinar el derecho aplicable. Si se trata de una obligación unilateral el domicilio, residencia o sede de quien se obliga es decisivo; pero si se trata de un contrato bilateral la conexión determinante sería el lugar donde, normalmente, la parte que realiza la prestación característica tiene su domicilio, residencia o sede.

Es aquí cuando la cuestión del derecho aplicable se planteó en toda su agudeza y se precisó cual es la prestación característica: "*la contra-prestación, realizada por una parte, en dinero no es característica*". Toda obligación es caracterizada por una prestación, pero su determinación constituye un juicio de valor según la particularidad de cada obligación. La venta y la donación se caracterizan por la transmisión de la propiedad, el préstamo de uso por la atribución del uso; los contratos de trabajo, de seguros y de transporte, por la prestación del servicio. En resumen, los contra-

tos obligacionales son gobernados por el derecho del lugar donde quien realiza la prestación característica tiene el centro de su actividad. (Schnitzer, 1968: 562 y 563).

La teoría del vínculo más estrecho es introducida en la jurisprudencia de los tribunales cantonales, a saber, en sentencias del Tribunal Comercial de Berna, en 1944 y del Tribunal Comercial de Zurich, en 1950. Pero esta solución se impone definitivamente, en 1952, con la sentencia pronunciada por el Tribunal Federal en el caso "*Chevalley*". Sin embargo, en estas sentencias se acogió como criterio para determinar la prestación característica el lugar donde la misma habría de ser ejecutada; y no fue sino en las sentencias dictadas por el Tribunal Federal, en los años 1965 y 1966, cuando se acogió el criterio del domicilio o de la residencia habitual del deudor de la prestación característica (Dutoit, 1986: 222).

3.2. Adopción por la codificación convencional

Como hemos dicho la doctrina del vínculo más estrecho se ha impuesto, hoy en día, tanto en la codificación convencional como en la nacional. Sin embargo, tal regulación no ha sido uniforme.

En algunos casos el codificador ha concretado el principio del vínculo más estrecho en "el lugar de la residencia habitual o de la administración central o principal establecimiento del deudor de la prestación característica, para el momento de la celebración del contrato", "lugar donde esté situado el inmueble" y "lugar en el cual el transportador tiene su establecimiento principal al momento de la conclusión del contrato" tal como en el artículo 4 (2) (3) y (4) del Convenio de Roma (1980), en cuyo caso, se deja al juez una puerta abierta: la llamada cláusula de escape³¹³.

La cláusula de escape descarta la presunción de la prestación característica, cuando la misma no pueda ser determinada o cuando resulte, del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. De tal manera que, una de las partes, en un proceso sobre el contrato por ella celebrado, podría aportar las pruebas en tal sentido, lo que obligaría al juez a examinar ese alegato y si lo considera pertinente destruir la presunción establecida a favor de la conexión que concretiza al vínculo más fuerte en este Convenio.

³¹³ También el Convenio de Roma prevé reglas particulares para los casos de contratos celebrados por consumidores (Art. 5) y contratos individuales de trabajo (Art. 6).

Otras veces, se enumeran varios índices para que el juez elija entre ellos, así, el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (1985), la cual, en el artículo 7, deja a el juez la tarea de elegir entre: el lugar de administración del *trust*, el lugar de ubicación de los bienes del *trust*, el lugar de residencia o donde ejerza sus actividades el *trustee*, los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

En otras ocasiones, los índices se enuncian de manera general, como lo hace la Convención Interamericana de México de 1994, en el primer aparte del artículo 9, el cual establece que el tribunal, para determinar el derecho del Estado con el cual el contrato tiene los vínculos más estrechos, tomará en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato”, así como también a “los principios generales del derecho internacional comercial aceptados por organismos internacionales”.

Comentario especial merece el Convenio de La Haya de 1985, relativo al derecho aplicable a los contratos internacionales de compraventa, el cual, en su artículo 8 (1) y (2) acoge, a falta de elección, conexiones rígidas, tales como: “el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento al momento de celebrarse el contrato”; y en algunas circunstancias, fija como conexión el lugar donde el comprador tenga su establecimiento al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, debe afirmarse que este instrumento acoge el principio de proximidad o del vínculo más estrecho dado que en el párrafo (3) del mismo artículo consagra una cláusula de excepción o de escape al disponer: “A título excepcional y cuando, a la luz de un conjunto de circunstancias, una relación comercial existente entre las partes tenga vinculaciones manifiestamente más estrechas con una ley distinta de aquella que en caso contrario le sería aplicable, según los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el contrato se regirá por esa ley”.

En este punto, es importante observar que la Convención Interamericana de México (1994), en su artículo 6, deja a salvo “aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes” lo cual no amerita mayores comentarios. A igual conclusión, podría llegarse en base al artículo 21 del Convenio de Roma, el cual dispone que el mismo “no afectará la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a formar parte”.

3.3. Soluciones en la codificación nacional

La doctrina del vínculo más estrecho ha sido adoptada por el legislador nacional, en forma global, de dos maneras: presumiendo que los facto-

res de conexión indicados para cada supuesto de hecho, constituyen la conexión más estrecha, sin posibilidad de probar lo contrario –presunción *iuris et de iure*– y permitiendo solamente al juez completar lagunas e interpretar las normas contenidas en la misma ley; como es el caso de la Ley Federal austriaca (1978)³¹⁴; y con posibilidad de probar lo contrario –presunción *iuris tantum*– como es el caso de Ley Federal suiza (1987)³¹⁵ y del Código Civil de la Provincia de Quebec (1991), las cuales consagran, en sus artículos 15 y 3082, respectivamente, una “cláusula de escape o de excepción”, que tiene por vocación corregir los factores de conexión establecidos por las normas de conflicto del foro. Respecto a la consagración de esta cláusula de escape en la Ley Suiza, la doctrina ha establecido opiniones divergentes. Mientras unos expresan “ella parece ser el corazón del sistema” (Broggini, 1998: 137) otros consideran que constituye una violación a un derecho fundamental: la certidumbre del derecho (Wengler, 1990: 669).

El método del vínculo más estrecho, concretizado en la prestación más característica, está consagrado por los artículos 25 y 29 de la Ley de Hungría (1979), el artículo 28(2) del Código Civil de Alemania, el artículo 117 (2) de la Ley Federal de Suiza (1987), el artículo 3113 del Código Civil de Quebec (1991) y por el artículo 9 (6) de la Ley sobre Derecho Aplicable de Australia (1992).

Comentario especial merece el contenido del artículo 117 (3) de la Ley suiza el cual califica lo que se entiende por prestación característica en cierto tipo de contratos como son: “de enajenación”, “de uso de una cosa o de un derecho”, “de empresa...o de prestación de servicios”, “de depósito” y “de garantía o caución”. A pesar de que se ha reconocido la ventaja que tales precisiones pueden representar para el juez en un momento dado, la adopción de la doctrina de la prestación característica en la Ley suiza no ha escapado de las críticas, debido a las dificultades que puedan presentarse, sobre todo, en ciertos casos en los cuales la prestación dineraria puede tener mayor atracción. Otra tendencia aboga por las ventajas de las reglas rígidas, además de la cláusula de excepción, alegando que ello hubiese

³¹⁴ Art. 1 “(1) Las situaciones con elementos extranjeros están regidas, en materia de derecho privado, conforme al orden jurídico con el cual tengan el más fuerte vínculo. (2) Las normas especiales sobre el orden jurídico aplicable, contenidas en esta Ley Federal, se consideran como expresión de este principio”.

³¹⁵ Art. 15 “(1) El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho. (2) Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho”.

proporcionado "la previsibilidad y certeza que parece la esencia en el campo de los contratos" (Overbeck, 1982: 78).

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, vigente desde 1999, se inscribe en la formulación del principio de proximidad cuando establece, en el artículo 30, que "a falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual están más directamente vinculadas..." formula que ya estaba contenida en el artículo 30 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965); y que ha sido atribuida a la influencia norteamericana (Hernández-Breton, 1988: 62, nota 68).

3.4. Juicio crítico

Cualquiera que sea la manera como se ha concebido la concretización del vínculo más estrecho, esta doctrina ha sido censurada, entre otras razones por la incertidumbre que ella puede constituir tanto para las partes como para el juez; por las dudas que se presentan en torno a la delimitación de los términos "más fuerte", "más estrecho", "más significativo" o "más próximo"; y respecto de la conveniencia o no de concretar en una sola conexión la determinación de ese vínculo. En referencia al Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (1985) se ha señalado que la misma "ilustra claramente el riesgo de la indeterminación en la elección de los índices que deben concretizar al vínculo más estrecho. El juez puede terminar por perderse y contradecirse" (Broggini, 1988: 137-138).

El término más fuerte sugiere que lo decisivo, en la determinación del derecho aplicable, lo constituye el mayor número de elementos que vincule al contrato con un determinado ordenamiento jurídico Estatal (Wengler, 1999: 664-665), mientras que las otras expresiones atienden a la mayor vinculación social o económica que pueda tener el contrato con el derecho de un Estado (Giuliano y Lagarde, 1980: 20, nota 9).

En relación a la conveniencia o no de concretar en un elemento único la determinación del vínculo más estrecho, es importante destacar que, a pesar de la similitud de la Convención Interamericana de México (1994) con el Convenio de Roma (1980), en aquella fue suprimida la noción de la prestación característica, incluida en el proyecto "*Tucson*", y en defecto de esta noción, se ofrecen como índices al juez "todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato" y "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

El párrafo relativo a la prestación característica fue excluido por la Comisión I de la CIDIP V, según las palabras del Relator, en la reunión de expertos, "por considerarlo superfluo", sin embargo, lo decisivo fue un documento que circuló de manera informal, en la Comisión I, referida en la nota I del presente trabajo, en el cual el delegado norteamericano, Friedrich K. Jünger, censuró duramente el criterio de la prestación característica, contenido en el artículo 4 (2) del Convenio de Roma (1980), en razón de que la misma no puede garantizar ni la seguridad jurídica, ni resultados justos (Parra-Aranguren, 1994: 219, nota 78), agregando, además, que "en lugar de pronosticar el verdadero centro de gravedad de los contratos... aumenta, artificialmente, la importancia del factor de conexión individual". Además, de esta dificultad conceptual, la prestación característica puede ser defectuosa, desde el punto de vista político por conferir caprichosamente una elección del derecho, privilegiando a empresas que se encuentran comprometidas en el suministro permanente de bienes y servicios internacionales" (Fernández Arroyo, 1995: 183, nota 29).

En cuanto a los principios generales del Derecho comercial internacional, a los cuales se hace referencia en el artículo 9 de la Convención Interamericana (México 1994), el presidente de la Comisión I, Gonzalo Parra-Aranguren, señaló que: éstos se agregaron "para evitar cualquier incertidumbre en la determinación del vínculo más estrecho" (Parra-Aranguren, 1994: 219). Ahora bien, si tal referencia hecha por el mencionado artículo 9 ha sido interpretada como especialmente referida a los principios generales para los contratos mercantiles internacionales, elaborados por UNIDROIT, es preciso aclarar que las soluciones contenidas en tal instrumento no son del tipo formal o indirecto, sino más bien materiales o directos.

3.5. Comentario especial sobre la solución contenida en el Código Civil de Louisiana

Merecen comentario especial los artículos 3515 y 3337 del Código Civil del Estado de Louisiana, el cual, somete las obligaciones convencionales al derecho del Estado cuyas políticas legislativas serían más gravemente perjudicadas si su derecho no fuese aplicado a esa cuestión. La concretización de este derecho se logra "mediante la evaluación de la importancia y pertinencia de las políticas legislativas relevantes de todos los Estados involucrados", con vista de: los contactos relevantes de cada Estado

con las partes y la transacción, incluyendo el lugar de negociación, formación y cumplimiento del contrato, la situación del objeto del contrato y el lugar del domicilio, residencia habitual o establecimiento de las partes, la naturaleza, tipo y objeto del contrato; la relación de cada Estado con las partes y la controversia; las políticas legislativas y necesidades de los sistemas interestatal e internacional, incluyendo las políticas legislativas de mantenimiento de las justificadas expectativas de las partes y de la minimización de las consecuencias adversas derivadas de someter a una parte al derecho de más de un Estado; así como las políticas legislativas tendientes a facilitar la planificación ordenada de las transacciones, de promover las relaciones comerciales multiestatales y de proteger una parte ante el abuso de la posición dominante de la otra". Esta solución se inspira en la doctrina de los intereses gubernamentales o de las políticas legislativas expuesta por Brainerd Currie, en 1958 (Parra-Aranguren, 1978: 41 ss).

4. Características comunes de la codificación más moderna

Todas estas soluciones, adoptadas por la más moderna codificación convencional y nacional, tienen como característica común que otorgan al juez la mayor discreción para decidir con cual ordenamiento jurídico estatal el contrato tiene los vínculos más estrechos, bien a través de la cláusula de escape o mediante las directrices dirigidas a determinar las finalidades o políticas legislativas que serían más gravemente perjudicadas si su derecho no fuese aplicado o tomando en cuenta los elementos subjetivos y objetivos que vinculan al contrato con más de un ordenamiento jurídico.

5. Solución de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994) y de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

Esta última solución es la que adopta la Convención Interamericana de México (1994) y la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, vigente desde 1999. Siendo innegable la repercusión que ejerció el artículo 30 del proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado elaborado en 1963 y revisado en 1965, sobre ésta Convención y, por supuesto, sobre la Ley.

Es importante precisar lo que debe entenderse por elementos subjetivos y objetivos. Son elementos subjetivos del contrato los que se refieren a las partes contratante, tales como: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las personas físicas; así como el establecimiento o la sede principal cuando se trate de personas jurídicas. Mientras la expresión elementos objetivos, queda reservada para aquellos que vinculan al contrato mismo con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, así, los principales son: el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato, y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato.

La solución contemplada en tales instrumentos ha sido materia tanto de elogios como de críticas. En referencia al mencionado proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado se ha expuesto que "...se da aquí una solución adecuada para cada caso, sin artificio alguno. Es de esperar que la jurisprudencia aplicará esta norma en su verdadera intención y no sucumba a la tentación de señalar como vínculo "más directo" el existente con el derecho venezolano" (Neuhaus, 1970: 61). En sentido contrario, con relación a la Convención, se critica esta solución en razón de que "el juez no posee sino algunos índices bastante vagos para descubrir el derecho aplicable en cada caso. La previsibilidad de las partes pertenece así al dominio de la pura intuición" (Fernández Arroyo, 1995:185).

6. El *dépeçage* judicial

Por último cabe destacar que la codificación moderna ha otorgado al juez el poder excepcional de fraccionar, el contrato *-dépeçage* judicial-, cuando una parte del mismo sea separable del resto y tenga una conexión más estrecha con el derecho de otro Estado.

Este poder le es conferido al juez, en su tarea de determinar el derecho que regirá el contrato cuando las partes no lo hayan elegido, tanto en el artículo 4(1) del Convenio de Roma de 1980 como en el artículo 9, último aparte de la Convención Interamericana de México de 1994.

Es necesario, relacionar la problemática que pueda presentar esta nueva modalidad de *dépeçage* con la solución que la complementa, al menos en el marco de la región americana. Se trata de la solución contenida en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, en 1979 y en el artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, para el supuesto de que varias leyes regulen los diferentes aspectos de una misma

relación jurídica, en cuyo caso, "serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones" y, además, "las dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. Sobre este precepto comenta Werner Goldschmidt que "trata de obtener el imprescindible equilibrio entre la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material que debe realizarse en la específica solución del caso concreto... representa una benéfica apertura hacia los nuevos conceptos de la doctrina contemporánea de los estados Unidos de América del Norte y constituye adecuada respuesta a ciertas críticas contra la predominante utilización de las reglas indirectas en derecho internacional privado" (Parra-Aranguren, 1980: 11).

II. ÁMBITO DE LA *LEX CONTRACTUS*

1. La tendencia hacia la aplicación de un derecho único

Es oportuno destacar que, según se desprende de lo expresado en las páginas que anteceden, el derecho aplicable al contrato, bien por elección de las partes o por decisión judicial, determina las normas imperativas aplicables al contrato y, por consiguiente, también fija límites a la autonomía de la voluntad.

Asimismo, en relación con los aspectos del contrato que están sometidos a su dominio, debe apuntarse que en la codificación moderna la *lex contractus* rige lo relativo a la interpretación, existencia y validez intrínseca del mismo, es decir, regula lo referente al consentimiento, y en consecuencia lo concerniente a los vicios de la voluntad -error, dolo, coacción y simulación-; a la licitud del objeto y de la causa; al nacimiento y extinción de las obligaciones; así como a los efectos del contrato.

En todo caso, se puede afirmar que, hoy día, el derecho aplicable a la mayor parte de los elementos del contrato es único, salvo aquellos aspectos cuya fragmentación se hace necesaria y la posibilidad que tienen las partes y, excepcionalmente, el juez de someter una parte del contrato a otro derecho.

2. Las soluciones convencionales

La codificación convencional establece, de manera enunciativa, estos elementos. Los Tratados de Derecho Civil, suscritos en Montevideo en

1889 (Art. 33) y en 1940 (Art. 37), someten a la *lex contractus*: la existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, ejecución y, en suma, todo cuanto concierne a los contratos.

Mientras el Código Bustamante (1928), como ya se ha señalado, fija el ámbito de aplicación de sus reglas de base (Arts. 185 y 186), a la naturaleza, efectos y extinción de las obligaciones en general, y por ende a las obligaciones contractuales (Art. 169), lo concerniente a la admisión y eficacia de la prueba de las obligaciones (Art. 172) y lo relacionado con la interpretación de los contratos (Art. 184).

De manera que, el Código Bustamante extrae del dominio de la *lex contractus* otros aspectos que, en la moderna codificación, están como ya hemos dicho dentro de ella, tales como la existencia y la validez del contrato, la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto del derecho aplicable, las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato, la ejecución de las obligaciones contractuales y las consecuencias de su incumplimiento. Aspectos estos que en muchos casos el Código Bustamante los somete a la *lex fori*, como consecuencia de su reiterada referencia a la ley territorial o local o de orden público.

El Convenio de Roma, en su artículo 8(1), la Convención Interamericana de Montevideo de 1994, en el encabezamiento del artículo 12, y los Convenios de La Haya de 1955, artículo 10(1) y de 1985, artículo 10(2), colocan bajo el ámbito de la *lex contractus* a la existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable. Además, prevén la posibilidad de excluir del ámbito de la *lex contractus* lo concerniente al comportamiento de aquella parte que no ha consentido debidamente, lo que podría, eventualmente, quedar sometido al derecho del lugar de la residencia habitual o del establecimiento de dicha parte.

Por otra parte, estos convenios someten a la *lex contractus* los aspectos siguientes: la interpretación del contrato, los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato; la ejecución de las obligaciones, así como las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria³¹⁶.

³¹⁶ Art. 10 (1) del Convenio de Roma, Art. 14(a) (c) (d) y (e) de la Convención Interamericana y Art. 12(a) (f) (g) y (h) de la Convención de La Haya.

Sin embargo, mientras la Convención Interamericana de 1994, en el artículo 12(b), y el Convenio de La Haya de 1985, en el artículo 14(b), incluyen los derechos y las obligaciones de las partes; el Convenio de Roma, en el artículo 14(1), agrega, en materia de pruebas, lo relativo a las presunciones legales y al reparto de la carga y, en el artículo 10(2), separa las modalidades de ejecución y las medidas que se deben tomar por parte del acreedor en caso de ejecución defectuosa, las cuales se someten al derecho del lugar de ejecución.

Por su parte, el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1985 somete al derecho del lugar del examen de las mercaderías, salvo cláusula expresa en contrario, a las modalidades del procedimiento de ese examen; y subordina al régimen contractual a ciertas particularidades del contrato de compraventa, tales como: el momento a partir del cual el comprador tiene derecho a los productos, frutos y rentas devengados por las mercaderías; el momento a partir del cual el comprador debe soportar los riesgos relativos a las mercaderías; y la validez y los efectos que tendrán respecto de las partes las cláusulas de reserva de la propiedad sobre las mercaderías.

Puede ser de utilidad mencionar que en el artículo 14 del proyecto original de la Convención Interamericana, presentado por el Comité Jurídico Interamericano, incluía, dentro del ámbito de la *lex contractus*, lo referente a “las modalidades de ejecución y a las medidas que pueda tomar el acreedor en caso de inejecución total o parcial de las obligaciones, sin perjuicio de las normas procesales del foro”; y que tal referencia fue eliminada en la Reunión de Expertos de Tucson, por haberse considerado inaceptable, precisándose, además, que tanto las medidas cautelares como las de embargo y el procedimiento de remate en la ejecución se rigen por la *lex fori*.

3. Las soluciones legislativas

De las legislaciones que se analizan, las únicas que enumeran los aspectos que regula la *lex contractus* es la Ley de Hungría (1979) y el Código Civil de Alemania (1986).

La primera dispone, en el artículo 30, que “la ley aplicable al contrato regirá todos los elementos de la obligación, particularmente su celebración, validez de fondo y de forma y sus efectos, así como los pactos sobre garantías (hipotecas, fianzas, etc.), sobre compensación de reclamaciones mutuas nacidas del contrato, sobre la cesión y aceptación de créditos re-

lacionados con el contrato. Exceptuando del régimen contractual lo relativo a la obligación de inspeccionar, lo cual se somete a la ley del lugar de destino o recepción; los vicios de forma, en cuyo caso, se da la alternabilidad de conexiones, en pro del principio de validación: *lex fori*, lugar de celebración o lugar donde se producirán los efectos jurídicos; y a la prescripción, la cual queda sometida a la *lex causae*, esto es a la ley aplicable a otros aspectos de la acreencia”.

El Código Civil alemán (1986), por su parte recepta, en su artículo 32, íntegramente el contenido de los artículos 10 y 14 del Convenio de Roma.

III. EL DERECHO ESPONTÁNEO

1. El desarrollo de las normas no vinculantes

La *lex mercatoria* surge en el medioevo como respuesta al anquilosamiento del derecho que regia. Primero, en razón de las necesidades del comercio local y, posteriormente, su difusión fue favorecida a través de los movimientos migratorios, sobre todo de las ferias. Convirtiéndose, progresivamente, en un ordenamiento de naturaleza universalista, es decir, en un auténtico *ius commune* del comercio internacional (Maekelt, 1980: 445). A semejanza de éste se ha desarrollado, durante el presente siglo, una reacción frente al fenómeno de la estatización del derecho, que se manifiesta por la elaboración de un derecho supranacional llamado a regular las relaciones comerciales, fuera de toda influencia directa de un ordenamiento jurídico determinado.

Se trata de normas carentes de toda obligatoriedad, en el estricto sentido jurídico, ya que no son coercibles y su cumplimiento no se impone por los órganos estatales; sin embargo, tienen una efectiva vigencia en la práctica porque son aceptadas y obedecidas en forma voluntaria por los intervinientes en el comercio internacional (Parra-Aranguren, 1994: 170). Con base a ello, se ha dicho: “los usos que constituyen la *lex mercatoria* son normas de comportamiento sagradas para los operadores del comercio internacional” (Delacollette, 1991: 110-111).

La doctrina ha utilizado términos muy expresivos, pero de significado impreciso, para aludir a este fenómeno. Así, por ejemplo, se utilizan, indistintamente, las expresiones: *lex mercatoria*, *ius mercatorum*, derecho transnacional, derecho supranacional o derecho espontáneo.

2. La función de estas normas

Para los comerciantes la eficacia de los negocios es inversamente proporcional a los correspondientes costos, por lo tanto, con mucha razón se ha afirmado que ellos no se pueden permitir el lujo de realizar negociaciones detalladas, sino que, por el contrario, las operaciones comerciales son celebradas apresuradamente por teléfono, telex, fax o por computadora, dejando de lado múltiples aspectos de interés relacionados con la negociación (Hernández-Breton, 1993: 88-89).

La ausencia de una completa regulación contractual queda cubierta, en una gran parte, con la *lex mercatoria* o derecho espontáneo, el cual se enriquece incesantemente de los usos y prácticas generalizados y se concreta en los usos codificados por las diferentes asociaciones de comerciantes, en las condiciones generales de contratación, en los modelos de contratos tipos y, en fin, por los principios generales de contratación reconocidos por el Derecho Internacional.

3. Los usos en las leyes y convenciones uniformes

Los usos cumplen una función claramente reconocida desde los inicios de los esfuerzos unificadores en materia de compraventa de mercaderías, pues conceden a las leyes uniformes la flexibilidad requerida para adaptarse a los nuevos problemas del comercio internacional.

Así, las Leyes Uniformes aprobadas, bajo los auspicios de UNIDROIT, en la Conferencia Diplomática que tuvo lugar en La Haya en 1964, sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (LUVI) y sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales (LUF), atribuyen carácter normativo a los usos, en los artículos 9 y 13, respectivamente, entendiéndolos por ellos las prácticas que personas razonables en la misma situación, normalmente, presumen aplicables a su contrato. El término "razonable" proviene del derecho inglés y se refiere a un ciudadano ideal, honrado y comerciante con experiencia promedio en el comercio internacional. En otras palabras, por uso debe comprenderse cualquier práctica realizada por los operadores del comercio internacional, que se origina mediante un desarrollo gradual y generalizado en un mismo sector o ramo comercial, sin importar la calificación o denominación que le sea dada (Hernández-Breton, 1993: 103-105)

Una de las características particulares de la Convención de Viena de 1980, se manifiesta en el valor jurídico que atribuye a los usos, al declarar, en el artículo 9, que las partes quedan obligadas, no sólo por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, sino que también "...se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate". Al comentar esta disposición se ha sostenido que este precepto pretendió superar la desconfianza de los países en desarrollo frente a ciertos usos de los países industrializados. (Parra-Aranguren, 1986: 82).

Lo más importante de esta disposición puede ser resumido en los siguientes puntos: a) en ausencia de estipulación por las partes contratantes, los usos serán tomados en cuenta bajo condiciones mucho más rigurosas que las fijadas por las Leyes Uniformes de 1964; b) en la jerarquía de las fuentes, a la autonomía de la voluntad le suceden los usos; c) la obligatoriedad de un uso está sujeta a la comprobación de dos condiciones, una subjetiva, referida a que las partes efectivamente lo conozcan o debieren conocer y otra objetiva, que se concreta en su acreditación por el comercio internacional lo que significa que es regularmente observado en contratos del respectivo ramo comercial; y d) la fundamentación de la obligatoriedad en el carácter de presunción *iure et de iure* que le atribuye este instrumento, la cual le asigna un carácter dispositivo para las partes (Hernández-Breton, 1993: 111; Boggiano, 1990: 88 y 89).

4. Las condiciones generales de contratación y los contratos tipos

Las cláusulas generales de contratación constituyen sistemas breves de normas que pasan a formar parte del contrato mediante una sola referencia. Entre las más conocidas se citan a las Reglas de York-Amberes, para regular la avería común, adoptadas en York, en 1964 y revisadas en varias reuniones de la *International Law Association*³¹⁷, las Reglas de Viena (1926)

³¹⁷ Realizadas en Amberes (1877) y revisadas en Liverpool (1890), Génova (1992), Estocolmo (1924), Copenhague (1950).

para regular la moneda de pago; y las Reglas de Varsovia y Oxford (1932), para regular la venta CIF.

Buena parte de los contratos internacionales se realizan utilizando formularios en los que se prevén y resuelven, con arreglo a los intereses generales de cada especie de negocio, todas las dificultades prácticas que se pueden suscitar en la ejecución de las obligaciones contractuales. Dichos formularios son, a menudo, minuciosamente elaborados, con mayor precisión normativa que las leyes nacionales, sólo se requiere la adhesión del cliente para obtener vigencia. Así ocurre con los formularios elaborados especialmente por organizaciones profesionales internacionales, entre los cuales se mencionan a los contratos de la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), o los redactados por ciertos sectores del comercio, tales como los contratos de la *Silk Association of America*, de la *London Corn Trade Association*, las condiciones de transporte de la *International Air Transport Association* (I.A.T.A.), de la *Grain and Feed Trade Association* y de la *Federation of Oil Seeds and Fats Association* (Phillippe, 1990: 21; Alfonsín, 1982: 338 - 339).

5. Los principios generales del Derecho Internacional Privado

Los principios generales, como normas que traducen las concepciones esenciales del derecho y de la justicia, tienen en el derecho Internacional Privado un valor superior al que normalmente corresponde en las restantes ramas jurídicas, tanto en su función de cubrir las lagunas legales como en la función específica que cumplen en el proceso de aplicación, interpretación y evolución de las normas en un sistema nacional de Derecho Internacional Privado.

La anterior aseveración ha sido sustentada en una triple razón doctrinal, práctica e histórica. Doctrinal porque limitan más que en el Derecho interno la facultad del Estado; práctica, porque son fuente obligada cuando la cuestión se plantea ante la jurisdicción internacional; e histórica porque durante siglos la solución de los conflictos de leyes fue buscada en la doctrina de los juristas, y por el cauce de sus decisiones fluyó lo que hoy es el Derecho Internacional Privado (De Yanguas, 1971: 51- 52).

Especial mención merece la función que cumplen esos principios en la labor, que corresponde al juez o a los árbitros, de determinar el derecho aplicable al contrato objeto de una controversia. Tal función ha sido reconocida por la Corte de Apelaciones de París, en 1981, al sentenciar que los

árbitros cumplieron con su obligación al referirse a los "principios generales de las obligaciones generalmente aplicables al comercio internacional" para determinar el derecho aplicable al contrato, descartando los argumentos expuestos por el apelante –*Société Fougerolle*– del laudo emitido por la Cámara de Comercio Internacional –a favor del *Banque du Proche-Orient*– en el sentido de que los árbitros atribuyeron fuerza de plena prueba a los usos comerciales internacionales cuando éstos no fueron ni invocados ni discutidos, durante el proceso, ni por los árbitros ni por las partes (Laude, 1992: 85-89).

La dificultad estriba en la determinación de estos principios y, con buen sentido, se ha dicho que ello no resulta de una lista sino de un método, que depende de la actitud de las partes. Si las partes han dado las directrices sobre la manera de desplegar tales principios a ellas deberán atender los jueces o los árbitros. Tal será el caso, por ejemplo, cuando las partes han prescrito la aplicación de los principios comunes a dos o más sistemas jurídicos; y en defecto de tales directrices, el juez debe proceder a comparar los derechos vinculados con el caso, a fin de extraer aquellos principios que sean comunes a los derechos en presencia. Se cita como ejemplo el caso de la contratación del Eurotunnel, en la cual se estipula que los árbitros deben aplicar "los principios comunes al derecho inglés y al derecho francés" y en defecto de éstos "los principios del derecho comercial internacional tal y como han sido aplicados por los tribunales nacionales e internacionales" (Gaillard, 1995: 22).

Las partes y los jueces no tienen necesariamente que proceder a vastos estudios de Derecho Comparado, diversas fuentes le permitirán descubrir cuáles son esos principios de general aceptación, en especial, el contenido de la codificación convencional de Derecho Material Uniforme, por cuanto la misma traduce la opinión de los delegados de los diversos Estados que han intervenido en su formación, como por ejemplo, las normas de la Convención de Viena de 1980 o los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado "UNIDROIT".

6. Los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por UNIDROIT

Particular atención merecen estos principios, cuya más reciente formulación, concluida en 1996 y revisados en el 2004, bajo el auspicio de

UNIDROIT, se encuentran contenidos en un Preámbulo y ciento ochenta y cinco artículos.

Respecto de estos Principios es de interés precisar que, en cuanto a la naturaleza mercantil de los contratos internacionales por ellos regulados, se ha advertido que el concepto de contratos mercantiles debía interpretarse en la forma más amplia, y que la eventual calificación del contrato como mercantil es independiente de que, el mismo, constituya un acto de comercio o de la condición de comerciante que puedan tener las partes, siendo la única finalidad perseguida con tal referencia la de excluir los negocios celebrados por consumidores (Parra-Aranguren, 1994: 173).

De acuerdo con el "Preámbulo" de estos principios los mismos serán aplicados en los siguientes casos: a) Cuando las partes contratantes expresamente lo hayan convenido; b) Cuando se ha convenido someter el contrato a los "principios generales del derecho", a los "usos y costumbres del comercio internacional", a la *lex mercatoria*, o si se utilizan expresiones similares; c) Cuando no sea posible determinar la norma concreta del derecho aplicable; d) Para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de Derecho Uniforme; y e) Para servir de modelo a los legisladores nacionales e internacionales para la elaboración del régimen jurídico de los contratos internacionales.

7. La adopción del derecho espontáneo por la Convención Interamericana (México 1994)

De toda la codificación convencional y nacional analizada, que regula lo relativo al derecho aplicable al contrato internacional, la Convención Interamericana de México (1994) se distingue por ser la única que confiere a la *lex mercatoria* un merecido lugar dentro de la jerarquía de las fuentes. La misma establece, en su artículo 3, que sus normas se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

Como ya se ha mencionado, el aparte primero del artículo 9 también prevé que, a falta de elección de las partes contratantes o cuando ésta resultare ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los "vínculos más estrechos"; y que, tal expresión se concretiza en la apreciación, que debe hacer el juez, de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, así como de los principios generales del derecho comercial internacional.

Ahora bien, tal referencia a los principios generales fue incluida con ocasión de la proposición formulada, en el seno de la Comisión I, por el delegado norteamericano, Friedrich K. Juenger, quien sostuvo: "...ya tenemos una codificación supranacional del derecho contractual, es decir, los principios del UNIDROIT" "disponiendo que aquellos principios se aplican en caso de que las partes no hubieran seleccionado el derecho aplicable a su contrato, se eliminan los inconvenientes de la guillotina conflictual. En vez de basarnos en criterios conflictuales vagos y defectuosos, podemos proteger los valores que el sistema clásico del Derecho Internacional Privado trata de proteger, pero nunca ha llegado a proteger, es decir la seguridad jurídica y la uniformidad" (Parra-Aranguren, 1994: 219, nota 78). En este sentido, el contrato internacional quedaría regulado, a falta de elección o cuando ésta resultare ineficaz, por los principios generales del derecho comercial internacional reconocido por las organizaciones internacionales. Sin embargo, esta proposición no tuvo acogida en el grupo de trabajo, adoptándose lo que se ha llamado una fórmula de compromiso (Fernández Arroyo, 1995: 184), al establecerse, de manera subsidiaria a la conexión autonomía de las partes, las soluciones aportadas por aquellos principios formulados por organismos internacionales tanto gubernamentales como no gubernamentales.

Sobre estos principios se ha destacado el vigoroso impulso que han recibido en la Convención Interamericana de México (1994), por cuanto al abandonar el campo académico se convierten en factor determinante en la solución de las controversias derivadas del comercio mercantil internacional; quedan abiertos fecundos horizontes para el respeto y aplicación de los principios del Derecho Comercial Internacional, no sólo cuando han sido aceptados por los organismos internacionales sino también cuando se encuentran en vías de elaboración; y porque, además, representan el procedimiento más adecuado para atender las nuevas modalidades de contratación internacional, surgidas como consecuencia del desarrollo cada vez más intenso del comercio internacional (Parra-Aranguren, 1994: 179-180).

Por otra parte, la Convención Interamericana de México (1980), en la penúltima disposición del capítulo correspondiente a la determinación del derecho aplicable (Art. 10), agrega que además "...se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

El anterior texto fue sugerido en la Reunión de Expertos, celebrada en Tucson, por el Delegado Venezolano, Gonzalo Parra-Aranguren, quien en tal oportunidad recomendó, con carácter prioritario, la inclusión de una disposición que otorgara a las “prácticas y usos comerciales”, así como también a los llamados “principios generales del derecho mercantil internacional” –*lex mercatoria*– la categoría de fuente del derecho, con carácter vinculante supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de las normas para las partes, fundamentando su recomendación en la imposibilidad de que los Tratados, las legislaciones y la jurisprudencia, “avanzaran con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos mercantiles” (OEA/Ser. K/ XXI.5, CIDIP-V, 1993: 8 y 9).

Por último, la Convención Interamericana de México (1994) coloca, dentro del ámbito de la *lex mercatoria*, a la cuestión de decidir si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica, al establecer, en su artículo 15, una remisión en esta materia al artículo 10.

Debe tenerse presente que el artículo 38(3) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia contempla como fuente, después de las convenciones internacionales y de la costumbre internacional, a los principios generales del derecho. Igualmente, en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, vigente desde 1999, después de las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela, consagra en ese mismo orden jerárquico la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado venezolano, la analogía y los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

Javier Ochoa Muñoz

ARTÍCULO 31

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDACI). III. COMENTARIOS SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 31 LDIP. 1. VINCULACIÓN CON EL ARTÍCULO 30 LDIP *INFINE*. 2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 31 LDIP. 3. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 4. EL ÁMBITO MERCANTIL DE LA NORMA. IV. LA NOCIÓN DE LEX MERCATORIA. 1. APARICIÓN. 2. DESAPARICIÓN. 3. REAPARICIÓN. 4. Y ¿QUÉ ES LA NUEVA LEX MERCATORIA?. 5. Y ¿CUÁL ES EL CONTENIDO? 5.1. *Los tratados internacionales, leyes uniformes y legislaciones nacionales.* 5.2. *Los usos y costumbres del comercio internacional.* 5.3. *Principios y reglas propuestos por organizaciones e instituciones internacionales.* 5.4. *Los laudos arbitrales.* 5.5. *Los principios generales del*