

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.

5

## 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*

*Derecho Comercial Internacional. V. EFICACIA NORMATIVA O JURIDICIDAD DE LA LEX MERCATORIA. VI. RESERVAS HACIA LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA. JURISPRUDENCIA\*.*

## I. INTRODUCCIÓN

La interpretación de los artículos 29, 30 y 31 LDIP no puede dissociarse, pues se trata de un grupo de normas que presentan entre sí una clara unidad sistemática. Los artículos 29 y 30 LDIP se enfocan en la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, es decir, tienen como objeto la designación de la *lex contractus*. El artículo 31 constituye un complemento de los artículos 29 y 30, en tanto que ordena aplicar "además de lo dispuesto en los artículos anteriores", las "normas, principios, costumbres, usos y prácticas" del comercio internacional.

El artículo 31 contempla la aplicación de la *nueva lex mercatoria*, como orden jurídico sustantivo llamado fundamentalmente a complementar las disposiciones de la *lex contractus*. La doctrina unánimemente ha reconocido en el artículo 31, o en su equivalente (Art. 10 CIDACI), una referencia directa a la aplicación de la *lex mercatoria*.

## II. EL ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDACI)

Al igual que los artículos 29 y 30 de la LDIP, también el artículo 31 fue tomado de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI). Se trata del artículo 10 de dicha convención, cuyo texto es casi idéntico al del artículo 31 LDIP.

El artículo 10 CIDACI dispone:

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.

\* Citados por el autor en su comentario.

Dentro de los trabajos preparatorios de la CIDACI, y específicamente en la reunión de expertos que se celebró en Tucson, Arizona, en noviembre de 1993, se incluyó el hoy artículo 10, en virtud de una propuesta formulada por el Dr. Gonzalo Parra-Aranguren.

Tal como lo reseña el informe de dicha reunión, el Dr. Parra-Aranguren expresó "que un tema prioritario era el de incluir una disposición que otorgara a las prácticas y usos comerciales, como así 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 normas para las partes, ya que era imposible que esta convención, el legislador nacional y la jurisprudencia, avanzaran con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos mercantiles" (Doc. OEA/Ser. K/XXI.5/CIDIP V/14/93, 30/12/1993: 8). También manifestó que la inclusión de prácticas y usos comerciales y la *lex mercatoria* "constituiría una contribución innovadora que podría contener esta convención, ya sea como fuente jurídica vinculante de orden supranacional, o en último caso relegando su aplicación a la interpretación de la ley aplicable al contrato" (Doc. OEA/Ser. K/XXI.5/CIDIP V/14/93, 30/12/1993: 9). Esta iniciativa había sido prevista también por Boris Kozolchyk, coordinador de la reunión, quien en su exposición de presentación, disertó sobre las orientaciones del Derecho comercial a fines del siglo XX, concluyendo "que si lo que se perseguía era otorgar mayor certeza jurídica al tráfico comercial internacional, debían incorporarse los usos y prácticas comerciales (*trade usages*) y los principios del derecho comercial internacional (*lex mercatoria*) como fuente principal de las obligaciones de las partes" (Doc. OEA/Ser. K/XXI.5/CIDIP V/14/93, 30/12/1993: 3). Puede observarse que ambos juristas parecen restringir el concepto de la *lex mercatoria* a los "principios de derecho comercial internacional", separando esta noción de la de los usos y prácticas del comercio internacional. Sin embargo, tal como explicaremos más adelante, la concepción más generalizada de la *lex mercatoria* entiende que ésta se nutre fundamentalmente de las costumbres, usos y prácticas del comercio internacional.

El aporte venezolano, a través de la propuesta del profesor Parra-Aranguren, constituye, sin duda, una interesante contribución al Derecho internacional privado interamericano. Digamos de antemano que se trata de una fórmula de equilibrio entre el resguardo de la función ordenadora de

cada sistema jurídico estatal, que se supone ha sido dictado en consideración de los intereses generales de la sociedad, y la eficacia de un *Derecho espontáneo*, que tiende a regular más adecuadamente las especificidades del comercio internacional.

Dada la correspondencia que existe entre la redacción del artículo 10 CIDACI y 31 LDIP, los comentarios que se formulen sobre uno de ellos son perfectamente aplicables a la conocimienta del otro. Pero en virtud de que este trabajo se concentra en la LDIP, hemos vertebrado el esquema de estos comentarios sobre el artículo 31 de la misma, y no sobre el artículo 10 CIDACI.

### III. COMENTARIOS SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 31 LDIP

#### 1. Vinculación con el artículo 30 LDIP *in fine*

El contenido del artículo 31 LDIP presenta cierto paralelismo con la última parte del artículo 30, el cual establece la necesidad de tomar en cuenta los principios de Derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales. Dentro de las tesis articuladas en cuanto a la lectura de dicha frase, (...) tiene alguna resonancia la que sostiene que la mención a los principios generales del Derecho comercial internacional, simplemente persigue el mismo objetivo que se plantea el artículo 31, en cuanto a que procura asegurar la aplicación de dichos principios generales conjuntamente con la ley que rige el contrato; en otras palabras, ambas disposiciones persiguen incorporar la aplicación complementaria de la *lex mercatoria* (Giral Pimentel, 1999: 223-224; Herbert, 1995: 58. También en ese sentido: Santos Belandro y otros citado por Samtleben, 2001: 367). Para otros, sin embargo, esto no tiene mucho sentido, puesto que el artículo 30 LDIP perdería su función autónoma, la cual solo quedaría para reforzar lo pautado en el artículo 31 LDIP (Samtleben, 2001: 368). Pero tal objeción es respondida por los partidarios de la primera tesis, con la observación de que estas normas simplemente reflejan una defectuosa técnica legislativa, toda vez que se repite el mismo principio en dos disposiciones seguidas una de la otra. Esta falla técnica en la formulación de las normas en cuestión, se habría producido inicialmente en la redacción de los artículos 9 y 10 CIDACI, manteniéndose la misma en los artículos 30 y 31 LDIP (Giral Pimentel, 1999: 224-225).

No nos corresponde aquí profundizar en cuanto al sentido del artículo 30 LDIP *in fine*. Solo hemos querido advertir que, según cierto criterio doctrinal, ambos preceptos persiguen el mismo objetivo. Para nosotros, sin embargo, el artículo 30 LDIP *in fine*, no persigue exactamente el mismo objetivo del artículo 31 LDIP<sup>318</sup>. El artículo 30 LDIP *in fine* se refiere a los principios de Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Aunque tales principios no suelen incluir por lo general reglas de conflicto, pues su función primordial es de naturaleza sustantiva y no de determinación del Derecho aplicable, nosotros somos de la opinión de que el artículo 30 LDIP *in fine* persigue incluir solamente la función conflictual de tales principios, por más reducida o aun inexistente que ésta pueda ser. Pero es importante acotar que en la actualidad se observa cierta tendencia en algunas expresiones de la *lex mercatoria* que admite la formulación de reglas procesales (arbitrales) y de conflicto, aun cuando su esencia continúa siendo claramente sustantiva<sup>319</sup>. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 30 LDIP *in fine*, solo se refiere a los principios del Derecho comercial internacional *aceptados por organismos internacionales*, y no incluye otros principios o componentes de la *lex mercatoria*.

En cambio, el artículo 31 LDIP busca la aplicación de la *lex mercatoria* en general, en su función sustantiva, tal como exponemos a continuación.

#### 2. Interpretación del artículo 31 LDIP

La interpretación del artículo 31 LDIP parece no presentar mayores dificultades en cuanto a que convoca la función esencial de la *lex mercatoria*,

<sup>318</sup> La inclusión de la mención a los principios de derecho comercial internacional en el artículo 30, fue tomada del artículo 9 (Inc. II) CIDACI, el cual, a su vez, obedeció a una propuesta del profesor Friedrich K. Juenger. La idea inicial de Juenger al proponer la mención de los principios generales del comercio internacional en el artículo 9 CIDACI, era la de que tales principios (especialmente los codificados por UNIDROIT) se aplicaran en sustitución de los derechos nacionales, es decir, que se conformaran tales principios como *lex contractus*, para regir autónomamente las obligaciones contractuales. Resulta paradójico que la idea de Juenger haya sido rechazada durante las discusiones de la CIDACI, pero su propuesta se deslizo sospechosamente en el texto final en virtud de una "formula de compromiso", a la que se habría llegado durante ciertas discusiones "tras bastidores" de la CIDIP V. Sin embargo, tal formula de compromiso en su primera versión rezaba: "También se tomará en cuenta para determinar el derecho aplicable, los principios generales de derecho comercial internacional". En la versión final de la CIDACI desaparecieron "sospechosamente" las palabras que hemos destacado con letras cursivas, sin que nadie hubiera observado esta modificación (Véase al respecto Samtleben, 2001: 360-362).

<sup>319</sup> Véase infra punto IV.5.

como sistema sustantivo especializado en el comercio internacional, llamándola a aplicarse conjunta y complementariamente con la *lex contractus*.

Así, cualquiera sea la interpretación que se le de al artículo 30 LDIP *in fine*, la aplicación de los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados o no por los organismos internacionales, tiene cabida en su función sustantiva, por virtud de la fórmula amplia que asume el artículo 31 LDIP, el cual se refiere, en general, a “*las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación*” (resaltado nuestro). Esta pauta tan amplia nos hace pensar que el legislador pretendió darle cabida a la actuación de todas las fuentes que componen el *ius mercatorum*, en sus concepciones más extensas (Véase *infra* punto IV.5. En contra: Giral Pimentel, 1999: 231).

Se ha apuntado que la norma bajo análisis obliga al juez a aplicar de oficio la *lex mercatoria*, extendiendo respecto de este sistema de normas, el principio contenido en el artículo 60 LDIP que contempla la aplicación de oficio del Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto (Viso, 2004: 1700).

En todo caso, el objetivo fundamental del artículo 31 LDIP es el de incorporar la aplicación de la *lex mercatoria* como sistema complementario de la *lex contractus*. Para Jurgen Samtleben, resulta claramente del texto del artículo que éste “*no tiende a sustituir, sino a complementar los artículos anteriores sobre la determinación de la ley aplicable. Del texto normativo se desprende que junto con la ley aplicable se deben considerar también los elementos de la lex mercatoria ‘cuando corresponda’*” (Samtleben, 2001: 367).

Dentro de la doctrina venezolana, el profesor Germán Delgado Soto apunta: “*el artículo 31 de la Ley, que expresamente hace referencia a la lex mercatoria, consagra su aplicación complementaria con la finalidad de lograr una mejor solución en el caso concreto*” (Delgado Soto, 2003: 160). El profesor Víctor Hugo Guerra también afirma: “*Así, la LDIP prevé que además del Derecho que resulte aplicable a las obligaciones convencionales, se aplicarán, cuando corresponda, ‘...las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional...’*” (Guerra Hernández, 2003: 341).

Por otro lado, el dispositivo del artículo 31 LDIP establece la aplicación de la *lex mercatoria* como complemento de la ley aplicable al contrato, *lex contractus*, independientemente de que ésta última haya sido selec-

cionada por las partes o se haya determinado mediante el principio de proximidad. Sin embargo, el profesor José Alfredo Giral, sostiene que la *lex mercatoria* sólo se aplica cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable. Según este autor, quien se apoya en Stoecker, cuando las partes han elegido el Derecho aplicable, la autonomía de la voluntad debe prevalecer, por lo que el intérprete entenderá que éstas han excluido a la *lex mercatoria* (Giral Pimentel, 1999: 233). No pensamos que éste sea realmente el propósito que se desprende del artículo 31 LDIP, el cual ordena que “*además de lo dispuesto en los artículos anteriores*” (refiriéndose al artículo 29 LDIP, que consagra el principio de autonomía de la voluntad y, al artículo 30 LDIP, que establece la forma de determinar el Derecho aplicable a falta de elección) se aplicarán las normas de la *lex mercatoria*.

Esta aplicación complementaria de la *lex mercatoria* pareciera sugerir que la ley rectora del contrato priva sobre aquella, es decir, existe un principio de preferencia de la *lex contractus*, en tanto que legislación estatal, sobre la *lex mercatoria*. El profesor José Alfredo Giral, opina que tal preferencia no se desprende claramente de las normas de la LDIP. Pero advierte con acierto que, conforme al artículo 31 LDIP, la *lex mercatoria* solo debe actuar “*cuando corresponda*” y en atención a las “*exigencias impuestas por la justicia y la equidad del caso concreto*”; en consecuencia, la *lex mercatoria* debe subordinarse al Derecho aplicable. Añade que “*esta solución contribuye a la seguridad jurídica necesaria y deja en manos de la jurisprudencia la determinación de los casos en los cuales el principio de preferencia quede sin efecto*” (Giral Pimentel, 1999: 235-236).

No obstante, Rubén Santos Belandro comenta que la redacción del artículo 10 CIDACI (equivalente del 31 LDIP) “*no deja de ser enigmática*”, debido a que “*si bien reconoce que 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, luego reduce el alcance de la intervención al aclarar que sólo se producirá cuando ello sea necesario para realizar las exigencias impuestas por la justicia en la solución del caso concreto. Ello –agrega el autor– parece concederle exclusivamente una función de adaptación de las soluciones aportadas por los derechos nacionales*” (Santos Belandro, 1996: 75). En sentido crítico, Santos Belandro observa además que, al menos conforme a la opinión de la representación de los Estados Unidos durante las discusiones de la CIDACI, la intención de esa norma era “*sentar un criterio de interpretación del contenido contractual*”, por lo que considera que la norma ha

debido ubicarse en el capítulo quinto de la CIDACI referido al ámbito del Derecho aplicable, donde el artículo 14 CIDACI establece como primera competencia de la ley del contrato, lo referente a su interpretación (Santos Belandro, 1996: 75). Por otro lado, también para autores como Ronald Herbert y Cecilia Fresnedo de Aguirre, el artículo 10 CIDACI está destinado a regular la interpretación del contenido del contrato (Herbert y Fresnedo de Aguirre, 2002: 73).

Esta orientación que reduce la eficacia de la *lex mercatoria* a la mera función interpretativa, podría desprenderse también de los comentarios que en la reunión de expertos de Tucson para la elaboración de la CIDACI, formulara el Dr. Parra-Aranguren, quien, como hemos dicho, fue el autor de la propuesta que dio forma al artículo 10 de esa convención. Inicialmente, Parra-Aranguren planteó la importancia de incorporar una disposición que otorgara a la *lex mercatoria* la categoría de fuente del Derecho con carácter "**vinculante supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de normas para las partes**" (resaltado nuestro). Pero luego, el mismo Dr. Parra-Aranguren insistió en la idea, sugiriendo esta vez una concepción alternativa de la figura, pues propone la incorporación de la *lex mercatoria* "...ya sea como fuente jurídica vinculante de orden supranacional, o en último caso relegando su aplicación a la interpretación de la ley aplicable al contrato" (resaltado nuestro) (Doc. OEA/Ser. K/XXI.5/CIDIP V/14/93, 30/12/1993: 9). Como puede colegirse de la lectura de este planteamiento, se trata de dos fórmulas distintas, que de hecho representan posturas contrapuestas en el debate doctrinal acerca de la eficacia jurídica de la *lex mercatoria*. De acuerdo a la primera idea, es decir, la de conferirle a la *lex mercatoria* el rango de fuente vinculante supranacional y prioritaria, ésta gozaría de una clara preferencia sobre las legislaciones estatales, prevaleciendo e imponiendo sus soluciones sobre el contenido de la legislación que regule el contrato. Se trataría de una suerte de apología de la *lex mercatoria*, que sólo igualaría los planteamientos de los más rabiosos defensores de esta figura. La otra fórmula, acaso, constituye el extremo opuesto: la fuerza de la *lex mercatoria* queda restringida a funcionar como una simple guía interpretativa de la *lex contractus*. Si este criterio se aplicara con rigurosidad literal, podría minimizarse la eficacia de la *lex mercatoria*, pues no es su función primordial el establecer criterios de interpretación de las legislaciones estatales, sino resolver directamente, mediante reglas sustantivas de diversa índole, los problemas especialísimos del comercio internacional. En todo caso, la función hermenéutica que algunos defensores de la

*lex mercatoria* le atribuyen a ésta, no apunta solamente hacia la interpretación de la legislación que rige el contrato, sino también a la interpretación de las normas de Derecho uniforme (Bonell, 2004: T.2, 86-87) y a la interpretación del contrato (Keith citado en Fernández Rozas, 2003: 81-82).

La redacción de los artículos 10 CIDACI y 31 LDIP, en nuestra opinión, no responde a ninguna de las dos fórmulas sugeridas inicialmente por el Dr. Parra-Aranguren. El texto del artículo que finalmente elaboró el propio Parra-Aranguren, parece apuntar a una solución intermedia que se ubica hacia el centro de los dos extremos apuntados, y que muy hábilmente intenta establecer un equilibrio entre las dos corrientes tradicionalmente enfrentadas: la de los "*positivistas exaltados, los que asimilaron mal a Kelsen*" (Sierralta Ríos y Olavo Baptista, 1998: 42) y la de los "*apóstoles de la lex mercatoria*" (Hernández-Breton, 1998: 56).

En esta fórmula de equilibrio la *lex mercatoria* no viene a constituirse como un verdadero orden jurídico supranacional, que prevalece de manera absoluta sobre las fuentes estatales. Tampoco es una mera referencia interpretativa que sólo sirve para aclarar el sentido y alcance de la *lex contractus*. Se le convoca a funcionar como un sistema de normas sustantivas que gozan de una mayor adecuación a las necesidades específicas del comercio internacional y que habrán de actuar conjuntamente con la legislación estatal rectora del contrato. Esta actuación, en principio, procede "*cuando corresponda...*" y "*con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*"

Se establece con ello el ya aludido postulado de preferencia de la legislación estatal sobre la *lex mercatoria*. Pero se trata de un principio de carácter relativo. Conforme a las propias *exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*, la disposición de la norma parece sugerir la posibilidad de desatender la preferencia de la ley estatal aplicable al contrato, haciendo prevalecer la *lex mercatoria*. Durante las discusiones de la reunión de Tucson sobre el artículo 10 CIDACI, algunos de los expertos cuestionaron la inclusión de esta frase, pero dominó la posición de otros que se manifestaron a favor de mantener la expresión, señalando que la misma "*podía servir para que el juez arribara a un resultado justo, a pesar de la existencia de normas jurídicas cuya obsolescencia le marcara otro rumbo*" (Doc. OEA/Ser. K/XXI.5/CIDIP V/14/93, 30/12/1993: 28). De manera que la norma prevé la posibilidad de darle preferencia a la *lex mercatoria* sobre la legislación estatal aplicable al contrato, cuando la *obsolescencia* de ésta última lo amerite, en resguardo de la justicia. En

otras palabras, las soluciones de la *lex mercatoria* prevalecerán sobre la *lex contractus* cuando así lo dispongan los requerimientos de la *justicia y la equidad del caso concreto*.

A los efectos de determinar el alcance de la norma bajo análisis es importante tener en cuenta que ésta se orienta hacia la flexibilidad de las soluciones, con miras a garantizar la justicia del resultado. Algunos incluso ven en esta norma un deliberado paralelismo con la relativa a la adaptación (Art. 7 LDIP), que alude a la necesidad de tomar en cuenta la justicia del resultado (Herbert y Fresnedo de Aguirre, 2002: 73). Evidentemente, esta flexibilidad y esta alusión a la justicia del caso, abren siempre un campo de alternativas en el que el juez se desenvuelve con una libertad y un compás de discreción mucho más amplio del acostumbrado para casos ordinarios. Es el juez quien en definitiva debe determinar *cuando corresponde* aplicar la *lex mercatoria* en atención a la justicia y la equidad (Maekelt, 2005: 225). Cualquier posibilidad de actuación de la *lex mercatoria* queda condicionada a la justicia y la equidad. Dichos valores no sólo determinarán si ésta puede actuar de manera complementaria o en su utilidad interpretativa, sino que también determinarán si aquella puede trascender tales operaciones hacia una función de regulación prevaleciente, imponiéndose sobre la *lex contractus*. Al decir de la Dra. Tatiana B. de Maekelt, la LDIP convierte a la *lex mercatoria* en "un correctivo para lograr el fin de justicia y equidad" (Maekelt, 2005: 225).

Pero cuando existe tensión entre la *lex mercatoria* y la *lex contractus*, la inclinación del juez hacia una u otra, posiblemente implicará beneficiar a una parte de la relación, en perjuicio de la otra. Pensamos, pues, que la jurisprudencia y la doctrina deben desarrollar pautas de orientación más específicas para reducir las posibilidades de desnaturalizar el objetivo de la norma bajo estudio. Aquí, sólo nos aventuramos a sugerir como pauta general, que la excepción a la supremacía de la ley estatal sobre la *lex mercatoria*, se admita principalmente cuando ésta última contenga una solución normativa, tan ajustada a los aspectos propios de la internacionalidad comercial del caso, que revele la inconveniencia e impertinencia de emplear las disposiciones contrastantes de dicha legislación estatal.

Aparte de estas circunstancias de excepción a la primacía de la ley estatal aplicable al contrato, la actuación de la *lex mercatoria* se subordina a aquella y su aplicación se enfocará en dos funciones básicas: complementación e interpretación, siempre y cuando se satisfagan las exigencias

de la justicia y la equidad. Se trata en el primer caso de llenar lo vacíos normativos de la legislación estatal en relación con el supuesto mercantil internacional y, en el segundo caso, de interpretar las normas estatales y convencionales aplicables, así como las cláusulas contractuales. Pero el valor normativo de la complementación y de la interpretación no debe desestimarse en este ámbito, donde los ordenamientos jurídicos estatales suelen ser parcos en la regulación de las relaciones jurídicas comerciales y donde los innumerables aspectos propios de los negocios internacionales carecen de detallada regulación. Por ejemplo, la *lex mercatoria* cuenta con listados de principios generales del comercio internacional, de los cuales carecen los ordenamientos estatales. Tales principios pueden aplicarse a la generalidad de los casos comerciales internacionales, aun cuando no estén expresamente contemplados por dichos ordenamientos estatales, pues así operaría la función de complementación a la que hemos hecho referencia. Y en efecto, tal como lo ha puesto de manifiesto Michel Joachim Bonell, profesor de la Universidad de Roma I, la práctica arbitral ha evidenciado que los *principios de Unidroit*, a pesar de no haberse concebido para la complementación e interpretación de la *lex contractus*, su utilización primordial ha apuntado a estas funciones, siendo la que se aplica en más de la mitad de los laudos publicados por UNILEX (Bonell, 2004: 86-100). Pero también en este campo la doctrina y la jurisprudencia deben establecer pautas de actuación que faciliten al operador jurídico la aplicación armónica de la *lex mercatoria* y la *lex contractus*.

### 3. El funcionamiento de las instituciones generales del Derecho Internacional Privado

Nuestra doctrina, siguiendo los planteamientos de Ole Lando, ha dejado asentado que la actuación de la *lex mercatoria* no está exenta de los controles valorativos y limitaciones a los que quedan sujetas las legislaciones extranjeras que deben aplicarse por mandato de las normas de conflicto a los casos con elementos extranjeros. En otras palabras, la aplicación de *lex mercatoria* se encuentra mediatizada por las instituciones generales del Derecho internacional privado, especialmente la excepción de orden público internacional y las normas de aplicación inmediata o necesaria (Giral Pimentel, 1999: 237; Guerra Hernández, 2003: 242 y Viso, 2004: 1703).

No obstante, pensamos que el condicionamiento que la norma consagra en cuanto a la justicia y la equidad como requerimiento para admitir la

actuación de la *lex mercatoria*, harán generalmente innecesario apelar a instituciones como el orden público internacional, puesto que difícilmente se considerará justo darle aplicación a alguna norma del *ius mercatorum* cuya actuación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Así, ya el artículo 31 LDIP contiene una efectiva válvula valorativa para admitir la posible actuación de la *lex mercatoria*, por lo cual nos luce innecesaria la aplicación de controles adicionales.

#### 4. El ámbito mercantil de la norma

La posibilidad de aplicación de la *lex mercatoria establecida* en el artículo 31 LDIP se nos presenta particularmente en relación a las relaciones mercantiles internacionales, pues es en el campo del Derecho comercial internacional donde surge y se aplica el *ius mercatorum*. Se excluyen en consecuencia de la aplicación de esta norma los aspectos contractuales de naturaleza estrictamente civil (Viso, 2004: 1702). Podría quedar a salvo, tal como lo apunta José Alfredo Giral, la circunstancia de que las partes de un contrato estrictamente civil, decidan someter su relación a la *lex mercatoria* (Giral Pimentel, 1999: 233). Pero pensamos que esta posibilidad deviene del principio de la autonomía de la voluntad, más que del dispositivo de la norma bajo análisis.

Es de tener presente, sin embargo, que conforme a la exposición de motivos de la LDIP, el artículo 31 es parte de las disposiciones de Derecho civil internacional, en tanto, que la Ley procuró no establecer una regulación especial e independiente del Derecho mercantil internacional. A pesar de esta circunstancia, es obvio que la referencia a las "las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación", se contrae específicamente al ámbito mercantil, dejando de un lado lo estrictamente civil. La Dra. Tatiana B. de Maekelt apunta que el artículo 31 LDIP reafirma la extensión de esta Ley a los aspectos fundamentales del comercio internacional (Maekelt, 2002: 102).

Con todo, compartimos plenamente la idea de que en el ámbito de los negocios internacionales la calificación de la comercialidad del contrato o del caso, debe obedecer a una pauta autónoma, distinta y más amplia la que puede surgir de los particulares ordenamientos estatales (Viso, 2004: 1696).

## IV. LA NOCIÓN DE LEX MERCATORIA

Existen muy pocas nociones jurídicas tan equívocas e imprecisas como la de la *lex mercatoria* o *ius mercatorum*. Si la doctrina es uniforme en alguna cuestión sobre esta noción, sería precisamente la de su propia indeterminación. Ciertas voces se han alzado para denunciar: "*los contornos de la lex mercatoria son tan imprecisos, como su contenido es hipotético*" (Knoepfler y Schweizer citados en Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca: 1995: 51).

De manera que para exponer la noción de la *lex mercatoria*, lo más útil que podemos hacer es resaltar algunos de sus elementos esenciales.

### 1. Aparición

Como primer elemento debemos apuntar que la expresión *lex mercatoria*, *ius mercatorum* o *The Law Merchant* (en la voz inglesa) fue empleada originalmente para distinguir al conjunto de prácticas, costumbres y usos que fungieron como normas especiales para regular el intercambio comercial en la Europa medieval.

Se trataba de un conjunto de reglas que paulatina y espontáneamente se fueron formando en la práctica del comercio en el ámbito de algunas ciudades europeas. El surgimiento y la eficacia jurídica de la *lex mercatoria* suele asociarse a la caída del Imperio Romano de Occidente, lo cual aparejó una suerte de desvanecimiento de las distintas manifestaciones del poder público, entre ellas, la expresión normativa. En ese contexto, el tráfico comercial, en sus inicios mermado, luego fue creciendo progresivamente y, de manera más acentuada, en las ciudades italianas. El comercio marítimo sirvió de motor al intercambio entre las distintas ciudades. Las mercancías se comercializaban en las famosas ferias de comerciantes. Los comerciantes formularon sus propias reglas para regular su actividad, teniendo éstas una notable eficacia y una general aceptación. Tales reglas desde un principio tenían una vocación universal o internacional, en tanto que los negocios a los que se referían se desarrollaban fundamentalmente en un plano interlocal, es decir, que transcendía generalmente los ámbitos de las distintas ciudades o regiones. Además de éste rasgo, que podemos catalogar de internacionalidad o universalidad, la *lex mercatoria* se caracterizaba por emerger de la práctica privada de los comerciantes y no de la decisión

de una autoridad pública, pues era elaborada por aquellos, al margen de toda participación de los factores políticos de entonces, es decir, era una normativa privada o *anacional*. Este sistema de reglas contaba también con toda una jurisdicción especial, igualmente ajena a la organización estatal, integrada por lo que se conoció como “tribunales consulares”. Las decisiones de dichos órganos eran generalmente acatadas y cumplidas (Fernández Rozas, 2003: 27-34).

## 2. Desaparición

Pero con la consolidación de los Estados nacionales y de su función reguladora de las relaciones sociales, las legislaciones nacionales pasaron a regir plenamente la actividad comercial, suplantando a la *lex mercatoria*.

Es siempre necesario recordar, sin embargo, que los distintos ordenamientos estatales absorbieron las normas fundamentales de la *lex mercatoria*. Cualquiera sea el caso, desde el fin de la Edad Media el Derecho mercantil se “nacionaliza”, fragmentándose en los diversos particularismos nacionales, con lo cual deja de ser universal y *anacional* (Fernández Rozas, 2003: 34-35; Nouel Velazco, 2002: 81).

## 3. Reparición

No obstante algunos esfuerzos dedicados desde temprano a la unificación y armonización del Derecho mercantil, la situación de nacionalización y fragmentación de este Derecho, se mantuvo hasta que la impetuosa dinámica del comercio internacional comenzó, por sí sola, a desbordar las posibilidades de regulación de las legislaciones nacionales. Entretanto, los distintos supuestos que planteaba el comercio internacional se resolvían mediante la técnica conflictual, esto es, mediante normas indicadoras de la legislación nacional que habrá de regular las situaciones de fondo. Pero el Derecho mercantil plasmado en los códigos nacionales y aun el “*deseodificado*” en leyes especiales que se dictaron para actualizar y superar los códigos<sup>320</sup>, fueron insuficientes para satisfacer las necesidades del vertiginoso incremento del comercio internacional.

<sup>320</sup> La expresión “deseodificación” es utilizada por el profesor Fernández Rozas en la obra tantas veces aquí citada (2003: 49), quien se la atribuye a N. IRTI (L'età delle codificazioni, 4ª ed., Milán, 1999).

Ya hacia la primera mitad del siglo XX y a semejanza de lo que ocurrió en la Edad Media, los nuevos agentes del comercio internacional comenzaron a seguir prácticas, constituir costumbres y formular usos que, de una manera u otra, fueron conformando un cuerpo de reglas especiales del comercio internacional.

Poco después de la aparición de este suceso, la doctrina lo reseñó con vigoroso entusiasmo y, desde entonces, no han cesado las polémicas. Las similitudes que este proceso de creación normativa presentaba con el desarrollado en la Edad Media, hizo que de inmediato se hablara del surgimiento de una *Nueva Lex Mercatoria* o *New Law Merchant*. Su desarrollo real estuvo a cargo de los propios actores del comercio internacional, mediante sus prácticas espontáneas o mediante los planteamientos elaborados por las organizaciones gremiales que éstos conformaron. Y en el ámbito doctrinal, contribuyeron a su consolidación los aportes de algunos autores, fundamentalmente los de la “escuela francesa”, encabezada por Berthold Goldmann y afianzada por Phillipe Kahn y Phillip Fouchard<sup>321</sup>, así como los planteamientos del autor inglés, Clive Schmitthoff.

Con todo, conviene de antemano tener presente la observación de Fernández Rozas al respecto:

Mas el *ius mercatorum* no ha completado su ciclo histórico retornando a la situación internacional de que partiera en la Edad Media: nació en un momento en que aún no se había consolidado la fórmula política del Estado y existía en Europa un referente común (*ius commune*), integrado por un Derecho romano con ciertos componentes de Derecho canónico que había aceptado una serie de instituciones jurídicas medievales, pero que era incapaz de dar respuesta a las necesidades prácticas del comercio internacional. Algo muy distinto de lo que ocurre en la actual comunidad internacional, integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, que ha tenido la virtud de insertar un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas. Se ha producido una evidente mutación social y, aunque la antigua expresión *ius mercatorum* constituye una imagen evocadora de la actual, esta última no puede considerarse en modo alguno como un retrato fiel de aquella: los tiempos y los hechos se suceden, cambian y progresan, y con ellos los conceptos que encierran.

<sup>321</sup> Berger, Klaus Peter: Berthold Goldman, Phillipe Kahn y Phillip Fouchard, The Rebirth of the Lex Mercatoria by the French School. En Internet: [http://www.central.uni-koeln.de/content/index\\_ger.html](http://www.central.uni-koeln.de/content/index_ger.html).



Sin embargo, las similitudes y paralelismos son innegables, por lo que es común hablar de un resurgimiento de la antigua *lex mercatoria*. De hecho, mientras algunos autores utilizan la expresión *nueva lex mercatoria*, la mayoría emplea simplemente la expresión *lex mercatoria* para referirse a la actual.

#### 4. Y ¿qué es la nueva *lex mercatoria*?

Ya hemos adelantado que no son pocas las dificultades de delimitar y definir el concepto de la *nueva lex mercatoria*, que llamaremos simplemente: *lex mercatoria*. Suele decirse que son tantas sus definiciones, cuantos autores han escrito al respecto (Giral Pimentel, 1999: 227; Ruiz Abou-Nigm, 2004: T. 2, 106). Para nosotros se trata de una idea que entraña cierto caos conceptual; una especie remolino de nociones, que engulle con irresistible fuerza casi todas las manifestaciones jurídicas que gravitan en torno al comercio internacional.

Como ensayo de aproximación podemos decir que se entiende por *lex mercatoria* o *ius mercatorum* al conjunto de reglas o elementos normativos del comercio internacional, que tienen su origen fundamental en los usos, costumbres y prácticas de dicho comercio, derivándose preponderantemente de los actores mismos y no de la voluntad de las autoridades políticas estatales. Destaquemos ahora algunas de las notas distintivas que se intentan sintetizar en este concepto.

Se trata de un conjunto preceptos normativos de distinta índole que regulan el comercio internacional, es decir, la *lex mercatoria* es un sistema de normas que tienen como función regular diferentes aspectos de los negocios internacionales. Resalta, pues, como rasgo esencial, la especialidad del objeto de dichas normas en cuanto a la regulación de la relaciones mercantiles internacionales. Debe tenerse en cuenta, además, que este sistema constituye en esencia un Derecho sustantivo o material, el cual no requiere, en principio, ser determinado mediante el método conflictual.

Su raíz es consuetudinaria: producto de las costumbres, usos y prácticas nacidas en el ejercicio del comercio internacional y de las particulares necesidades de reglamentación que éste plantea, por lo que se la ha catalogado como un "*Derecho espontáneo*". Tiende a sustraerse de la voluntad estatal creadora de normas, lo cual ha conducido a que se le denomine también como "*Derecho anacional*", "*autónomo*" o, como un "*tercer or-*

*den jurídico*" ("*tiers ordre juridique*") (Pellet citado en Fernández Rozas, 2003: 82).

La *lex mercatoria* es fundamentalmente de origen privado. Emerge de un nuevo fenómeno sociológico conocido como la "*sociedad*" o "*comunidad internacional de comerciantes*", expresiones acuñadas y popularizadas por Phillipe Kahn y Phillip Fouchard (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, 1995: 50). Así, se caracteriza igualmente por el carácter universal, internacional o *transnacional* (por ser privado) de su origen, rasgo que le atribuye también la denominación de "*Derecho transnacional*" (Jessup citado en Fernández Rozas, 2003: 78; Berger, 2004: T.2, 266).

Estas últimas características le añaden, a su vez, otro rasgo distintivo de importante valor: representa una efectiva *uniformidad* jurídica, convirtiéndose en una suerte de *ius commune* del comercio internacional (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, 1995: 49-50).

Pero de los elementos definitivos que hemos esbozado, quizás los únicos verdaderamente sólidos son, por un lado, el carácter normativo de la *lex mercatoria* y, por otro, su especialidad para regular los peculiares supuestos que plantea el comercio internacional. Los demás elementos se encuentran todos en discusión y pueden presentar excepciones conforme a la postura doctrinal que se acoja, sobre todo en relación con su contenido.

#### 5. Y ¿cuál es el contenido?

Son permanentes los desacuerdos en torno a la precisión del contenido y la fuente de origen de la *lex mercatoria*, los cuales, al parecer de un sector de la doctrina, responden a una polémica más académica que real (Fernández Rozas, 2003: 88; Wilkinson y Juenger). No está dentro del propósito de estos comentarios el analizar pormenorizadamente las teorías sobre el contenido de la *lex mercatoria*, ni tampoco exponer con detalle las particularidades de cada una de sus fuentes. Solo intentaremos introducir los aspectos más básicos del contenido que se le atribuye en la actualidad. Debe decirse de antemano que la *lex mercatoria* se nutre de fuentes de muy variada naturaleza, origen y técnica reglamentaria, por lo que doctrinariamente se reconoce la dificultad de su delimitación. Además, se trata de un Derecho que todavía se encuentra en proceso de formación (Goldman citado por Guerra Hernández, 2003: 327). Adicionalmente, la *lex mercatoria* es de carácter inorgánico porque la misma no está recogida en un conjunto sistematizado

de normas, aunque ello no niegue los esfuerzos que se han hecho por ordenarlas o sistematizarlas (Giral Pimentel, 1999: 228).

Las concepciones doctrinales sobre el contenido de la *lex mercatoria* se mueven entre lo amplio y lo restringido. Sin embargo, la tendencia parece apuntar hacia las concepciones amplias, dentro de las cuales ha tenido eco la de Ole Lando, quien incorpora en la *lex mercatoria*: los tratados internacionales sobre el comercio internacional, las leyes uniformes, las costumbres, los usos, las decisiones arbitrales, entre otras fuentes (Citado en Giral Pimentel, 1999: 231). Se trata una tendencia de expansión de la noción de *lex mercatoria*, que la convierte en una ávida devoradora de casi todas las manifestaciones jurídicas del comercio internacional. Esto nos lleva casi a pensar que en futuro próximo la *lex mercatoria* será sinónimo de Derecho comercial internacional, y bajo esta denominación absorberá todas las normas que afecten las transacciones comerciales internacionales.

Las consideraciones expuestas obligan a reconocer que nuestro intento de delimitación de las fuentes del *ius mercatorum* no pretende una rigurosa y taxativa síntesis, sino una enunciación sencilla y flexible.

#### 5.1. Los tratados internacionales, leyes uniformes y legislaciones nacionales

Importantes sectores doctrinales han advertido un nuevo proceso de recepción de los usos y costumbres del comercio internacional, por parte de los Derechos nacionales y del Derecho internacional. Se trata, por un lado, de la adopción de leyes modelo o de simples incorporaciones aisladas de las normas consuetudinarias del comercio internacional por parte de algunos Estados. Por otro lado, se observa la elaboración de una amplia gama de tratados internacionales sobre la materia, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, los cuales instituyen una suerte de *legislación internacional* aplicable al comercio exterior. Este proceso de recepción de los usos y costumbres del comercio internacional representaría una "*dimensión contemporánea de la lex mercatoria*" (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1996: 46). Pero la inclusión de los tratados y las leyes nacionales como fuentes del *ius mercatorum*, excepciona el carácter *anacional*, *privado* y *espontáneo* que generalmente se le atribuye. Por ello, tal inclusión encuentra resistencias doctrinales que, en nuestro ámbito, han sido puestas de relieve por el profesor José Alfredo Giral, apoyándose en Stoecker (Giral Pimentel, 1999: 231). Vale aclarar que para los sistemas de referencia en los que estos instru-

mentos tienen vigencia o eficacia positiva, la discusión en torno a su inclusión en la *lex mercatoria* es poco útil, puesto que su aplicación viene reafirmada por el sistema positivo. En cambio, para los operadores jurídicos que no se encuentran sujetos a tales instrumentos, la calificación de los mismos como *lex mercatoria* tiene una especial importancia, puesto que de esa manera se podría legitimar su aplicación.

#### 5.2. Los usos y costumbres del comercio internacional

La mayoría doctrinaria acepta que los usos y costumbres del comercio internacional constituyen las fuentes primordiales de la *lex mercatoria* en sentido estricto. No obstante, se presentan diversas discrepancias en torno a la definición de los usos, costumbres y prácticas, así como la delimitación de estos conceptos entre sí. En el ámbito internacional en el que se sitúa la *lex mercatoria* parecen poco aconsejables los esfuerzos por delimitar tales conceptos entre sí, pues son usualmente asimilados en el empleo de un lenguaje flexible y pragmático. Además, tal delimitación podría verse influenciada por los particularismos de sistemas jurídicos nacionales, y por lo tanto no serían aplicables a la comprensión de un lenguaje jurídico universal.

Por otro lado, desde los planteamientos de Schmitthoff, se ha resaltado que los usos y costumbres del comercio internacional ya no sólo se determinan de manera espontánea por la práctica comercial, sino que además resultan especialmente importantes los trabajos de las asociaciones gremiales de comerciantes (*formulating agencies*) como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), sin duda alguna la más activa e influyente en este aspecto, la *International Air Transport Associations* (IATA), etc. Asimismo, participan en esta labor de codificación o sistematización de los usos y las costumbres, otras entidades de naturaleza intergubernamental académica o mixtas (UNCITRAL, UNIDROIT, CENTRAL, etc.). Entre los diversos entes se han venido desarrollando esfuerzos para sistematizar y codificar los usos y las costumbres, aunque lo cierto es que muchas veces esta labor trasciende la simple sistematización, y se convierte en una labor de creación y proposición de normas.

Los usos y las costumbres, codificados o no, constituyen quizás la parte más esencial e irreductible de la *lex mercatoria*.

Entre los usos y costumbres de la *lex mercatoria* sistematizados por las correspondientes asociaciones o entidades, figuran reglas uniformes,

contratos y cláusulas estandarizadas, condiciones generales de venta, entre otras (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1996: 46). Estas técnicas, que constituyen una forma de expresión predominante de la *lex mercatoria*, han conducido a que se le denomine, no sin cierto tamiz peyorativo, como “*Derecho de los formularios*” (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, 1995: 52).

En la actividad bancaria internacional surge, más que en cualquier otra, la existencia de reglas uniformes de naturaleza privada e internacional. Nos referimos especialmente a las llamadas Reglas y Usos Uniformes (RUU) de la CCI, que se aplican por incorporación contractual a las transacciones bancarias internacionales, es decir, que mediante una referencia en el contrato se incorporan a su contenido (*incorporación por referencia*). Tal como lo expresa Fernández Rozas, pese a su denominación, las RUU constituyen algo más que una simple recopilación de prácticas, puesto que al haberse dictado unilateralmente por una organización privada, evidencian una pretensión de creación normativa (Fernández Rozas, 2003: 115). Entre las RUU más importantes podemos citar a las Reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios (UCP 500), las Reglas uniformes relativas a garantías contractuales (URCG 325), etc.

Los *contratos tipo*, *contratos modelo*, *contratos estandarizados* o *contratos normalizados*, como suele llamárseles, constituyen formulas uniformes de contratación en distintas áreas del comercio internacional, que generalmente son redactados por asociaciones sectoriales especializadas y cumplen con las especificidades de los correspondientes sectores. En este renglón suele citarse como el ejemplo más distinguido, los contratos tipo elaborados por la *London Corn Trade Association*. Sin embargo, en nuestro contexto doctrinal, el profesor Víctor Hugo Guerra pone en duda el carácter de verdadera fuente de *lex mercatoria* que tienen tales contratos, por cuanto carecen de la homogeneidad suficiente, al variar de Estado a Estado y de organizaciones comerciales a otras (Guerra Hernández, 2003: 334). De esta crítica podrían escapar algunos contratos modelo, tales como los que han sido elaborados por la propia CCI, teniendo sus propuestas no sólo un espectro de aplicación más amplio y universal, sino que también se supone responden a los intereses de todas las partes empresariales involucradas.

Las llamadas *condiciones generales de venta* o de contratación, siguen muy de cerca la idea de los contratos tipos, pero presentan diferencias con éstos. Las *condiciones generales de venta* constituyen conjuntos de

cláusulas especiales que las partes incorporan a sus negociaciones, bien *por referencia* o bien transcribiéndolas en el contrato.

Estas últimas se identifican mejor con la idea de las *cláusulas tipo*, que no pretenden normar la generalidad del contrato, sino aspectos puntuales del mismo. Dentro de la categoría de *cláusulas tipo* podríamos incluir a los universalmente conocidos y aplicados *Términos Comerciales Internacionales* (*International Commercial Terms* - INCOTERMS), elaborados por la ICC en 1936 y cuya última versión se publicó en 2000. Los INCOTERMS constituyen, sin duda alguna, una de las expresiones más representativas de la *lex mercatoria*. Se trata de una serie de reglas aplicables a las transacciones de compraventa internacional de mercaderías, que las partes pueden incorporar voluntariamente a sus contratos mediante la utilización de ciertos términos abreviados (CIF, FOB, etc.). Con la incorporación de tales términos las partes aluden indirectamente a sus obligaciones y responsabilidades, lo que las constituye en verdaderas cláusulas abreviadas, cuyo contenido queda comprendido por las correspondientes versiones de los INCOTERMS. Estos no hacen otra cosa que recoger el significado contractual de los términos más utilizados en la práctica de la compraventa internacional de mercaderías.

### 5.3. Principios y reglas propuestos por organizaciones e instituciones internacionales

La doctrina dominante incluye también dentro de las fuentes de la *lex mercatoria* los principios y reglas elaborados por instituciones, sean gubernamentales o no, en la medida en que tengan un amplio reconocimiento. Destacan entre tales, las normas elaboradas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), específicamente los denominados *Principios Generales de la Contratación Mercantil Internacional*, y comúnmente llamados “*principios de Unidroit*”, considerados por algunos como el *corazón* de la *lex mercatoria*, (Baron citado en Ruiz Abou-Nigm, 2004: T.2, 113) y efectivamente aplicados por órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales bajo el entendido de que constituyen una manifestación de este nuevo Derecho. Es de tener en cuenta que la inclusión de tales elementos en el *ius mercatorum* pone en tela de juicio su carácter consuetudinario o espontáneo, a lo que se le ha agregado que con ello deja de ser un Derecho de los comerciantes, para ser un sistema elaborado por profesores de Derecho o especialistas, que sólo constituye la opinión científica de quienes lo elaboraron.

En realidad los *principios de Unidroit* intentaron recoger fundamentalmente las reglas que derivaban de las prácticas, usos y costumbres *espontáneas* del comercio internacional, para regular las generalidades de los contratos mercantiles internacionales, pero también incluyeron aspectos originales o aportaciones propias de quienes participaron en su elaboración. Similar naturaleza presentan los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, generalmente identificados mediante sus siglas en inglés: *PECL (Principles of European Contract Law)*, pero la expectativa de aplicación de estos principios se concentra en el ámbito europeo. Nos parece importante resaltar también en este renglón de fuentes de *lex mercatoria*, la lista de principios y reglas elaborados por el *Center for Transnational Law (CENTRAL)* con sede en la Universidad de Colonia, Alemania. Dichas reglas, conocidas como "*CENTRAL List*" no se limitan a los aspectos de los contratos mercantiles internacionales, tal como lo hacen los *Principios de Unidroit* y los *PECL*, sino que pretenden abarcar todas las áreas del comercio internacional que son de especial interés en los procesos arbitrales, tales como Derecho societario internacional, conflicto de leyes, pruebas, procedimiento arbitral<sup>322</sup>.

#### 5.4. Los laudos arbitrales

Además de las fuentes mencionadas, los laudos arbitrales también constituyen otra de las fuentes básicas del *ius mercatorum*, principalmente, aquellos dictados por instituciones arbitrales reconocidas. Esta afirmación no es suficiente para describir el extraordinario rol que ha desempeñado el arbitraje en la formación del *ius mercatorum*. Los laudos arbitrales no solamente han llegado a constituir una de las fuentes de este nuevo Derecho, sino que más bien han desempeñado un rol de cajón de resonancia de las distintas expresiones de la *lex mercatoria*, al fundamentarse éstos en los usos y costumbres del comercio internacional, contribuyendo de ese modo a ponerlos de manifiesto; y conformando y difundiendo además los principios generales del comercio internacional (Fernández Rozas, 2003: 89). Como observaremos en el siguiente apartado, la eficacia de este nuevo Derecho se ve reforzada en la realidad por las decisiones de los arbitrajes comerciales.

<sup>322</sup> En Internet: [www.tldb.de](http://www.tldb.de).

#### 5.5. Los principios generales del Derecho comercial internacional

Finalmente, se ha sugerido que todo el conjunto de fuentes mencionadas hasta ahora, descansa sobre una serie de principios generales que forman también parte esencial de la *lex mercatoria*, tales como el *pacta sunt servanda, rebuc sic estantibus*, el principio de la buena fe contractual, el equilibrio de las prestaciones contractuales, el abuso de derecho, entre otros (Fernández Rozas, 2003: 80) pero esos principios no se encuentran catalogados en un lista única y uniforme, sino que suelen expresarse a través de distintos cauces, como la doctrina, trabajos de organismos internacionales o instituciones científicas (como los ya citados de UNIDROIT, CENTRAL, etc), los laudos arbitrales, etc. Es oportuno advertir aquí, que dentro de las concepciones más restrictivas del contenido de la *lex mercatoria*, ésta se refiere únicamente a tales principios generales, es decir, que la *lex mercatoria* se conforma y se agota sólo en los principios generales del comercio internacional (Ruiz Abou-Nigm, 2004: T.2, 106). Tal parece ser la orientación que seguían Gonzalo Parra Aranguren y Boris Kozolchyk, cuando en la reunión de expertos de Tucson comentaron la necesidad de incorporar a la CIDACI la referencia a la *lex mercatoria*<sup>323</sup>.

Todas estas fuentes tienen una función primordialmente sustantiva, es decir, constituyen la expresión de reglas materiales o de fondo especializadas en las peculiaridades que surgen de la internacionalidad de los negocios. Sin embargo, es oportuno advertir que también se le atribuyen a la *lex mercatoria* finalidades y funciones de otra naturaleza. José Alfredo Giral, siguiendo de nuevo a Stoecker, explica que el *ius mercatorum* puede estar dirigido a distintas finalidades además de la sustantiva, es decir, su función puede ser también procesal y de conflicto de leyes (Giral Pimentel, 1999: 223). Esta es también la concepción que han seguido las reglas de la *CENTRAL List*, que incluyen normas de conflicto y normas de procedimiento arbitral.

## V. EFICACIA NORMATIVA O JURIDICIDAD DE LA LEX MERCATORIA

La compleja amalgama de fuentes que absorbe la noción de la *lex mercatoria* encuentra discusiones aun pendientes en cuanto a su eficacia normativa.

<sup>323</sup> Véase supra punto II.

En general, desde una perspectiva teórica las discusiones han estado marcadas por las posturas encontradas: la de los "positivistas exaltados", quienes niegan toda eficacia a las normas no consagradas en un ordenamiento jurídico estatal, por un lado y, por el otro, la de los "apóstoles de la *lex mercatoria*" quienes le atribuyen una eficacia normativa supranacional, es decir, que las normas de la *lex mercatoria* se imponen sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, independientemente de que éstos lo consientan de forma positiva. En medio de estas posturas opuestas pueden ubicarse algunas tendencias más atemperadas. Una tendencia respetuosa del positivismo es la que reduce el papel del *ius mercatorum* al de un mero recurso interpretativo de la *lex contractus* y de las cláusulas de los contratos internacionales, esto es, que se acude a estas reglas sólo ante las dudas que puedan presentarse acerca del sentido y alcance de alguna norma o disposición contractual (Keith citado en Fernández Rozas, 2003: 82). Otra postura menos positivista sostiene que la *lex mercatoria* es una especie de Derecho supletorio, que se aplica sólo en casos de vacíos o lagunas normativas en los ordenamientos estatales (Boggiano citado en Fernández Rozas, 2003: 82). La posición predominante parece ser la síntesis de estas dos últimas, es decir, la *lex mercatoria* desempeña una función interpretativa del contrato y de la *lex contractus*, al tiempo que complementa los vacíos o insuficiencias de ésta.

Pero más allá de las especulaciones doctrinales, existe una realidad que discurre con la actividad del comercio internacional. En el marco de esa realidad, la eficacia de las normas del *ius mercatorum* (excluyendo de éste las convenciones internacionales y las leyes uniformes) va a depender, siguiendo a Fernández de La Gándara y Calvo Caravaca, del plano contencioso o no contencioso en el que nos situemos. Apuntan estos autores:

En un plano no contencioso es innegable el significativo papel de la *Lex mercatoria*. Un alto número de contratos internacionales funciona satisfactoriamente por aplicación de reglas *sui generis* gracias a que las partes se pliegan voluntariamente a ellas. En un plano contencioso internacional —arbitral—, cabe decir lo mismo. Los árbitros no son guardianes de un sistema jurídico estatal, su competencia procede del acuerdo de las partes y, por tanto, aceptarán las reglas que son fruto de ese mismo acuerdo. Su problema consistirá, precisamente, en saber qué hacer en el caso de que la *Lex mercatoria* sea insuficiente para resolver la cuestión litigiosa. Pero en un plano contencioso estatal varía la situación. Ante el juez estatal, la *Lex mercatoria* tiene vigencia sólo en la

medida en que el Derecho del Estado la consiente y tolera: prospera en cuanto se produce en las áreas del derecho dispositivo... (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, 1995: 52).

En el contexto del Derecho venezolano, especialmente, con ocasión del artículo 31 LDIP, la *lex mercatoria* está dotada de una particular eficacia aun en el plano contencioso estatal, puesto que es la propia legislación nacional la que le está atribuyendo el fundamento de su aplicación.

Asimismo, ya con anterioridad a la puesta en vigencia de la LDIP nuestra jurisprudencia no se había rehusado a admitir la eficacia de la *lex mercatoria*, reconociendo más bien su importancia en algunos fallos. No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 5/04/1989, caso Banco Unión C.A. contra Banque Worms, S.A., sostuvo que los usos y reglas relativas a los créditos documentarios de la CCI:

sólo pueden ser considerados como un elemento de hecho. En efecto, dichos usos y reglas no tienen entre nosotros el carácter de verdaderas y auténticas normas legales, al no encontrar apoyo en algún Tratado suscrito por Venezuela.

Mas este criterio fue tempranamente modificado por la misma Sala al confirmar en 1994, un fallo dictado por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 26/01/1994, Caso Grasas de Venezuela, C.A., en el cual estableció:

...entendieron las partes en el contrato de venta...por FOB Puerto Cabello. Siendo ambas partes comerciantes, el Tribunal presume que los contratantes se estaban refiriendo a una cláusula de uso común y corriente en las transacciones comerciales internacionales, la cual es incorporada en los contratos de venta...La doctrina nacional se ha ocupado de explicar así el carácter de uso universal que tiene la cláusula FOB junto con otros términos, llamados en su conjunto Incoterms...

La Sala Política Administrativa ha tenido ocasión de acercarse más al reconocimiento de la eficacia normativa de la *lex mercatoria*. Así, en sentencia de fecha 15/12/1994, caso Cristalería Vasallo C.A. y otra contra Libbey Owens Ford Co., sostuvo:

En efecto, existen ciertos términos de entrega de mercancía de uso frecuente en el comercio internacional, que no pueden ser desconocidos

por la importancia que día a día va adquiriendo la materia; tales términos son:... Además, conforme a las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales –que si bien no forman un Tratado del que sea parte la República constituyen un valioso elemento *doctrinario de referencia*– debe el vendedor, si el valor acordado es CIF, contratar por su cuenta, y en las condiciones usuales, el transporte de la mercancía por la ruta habitual hasta el puerto de destino convenido, por un barco marítimo del tipo normalmente utilizado para el transporte de mercancías, según sus características...”

También la Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 2/11/1998, caso Seguros Ávila, C.A. contra Thos & Jas Harrison Ltd. y otras, advirtió que es de aceptación universal que los conocimientos de embarque forman parte de la costumbre internacional la cual es una de las fuentes primordiales del comercio marítimo.

## VI. RESERVAS HACIA LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

Al lado de quienes apologizan la *lex mercatoria* como un sistema de normas casi perfecto para regular las relaciones del comercio internacional, importantes sectores doctrinales apuntan los riesgos que tal Derecho autónomo apareja, y establecen reservas muy respetables en cuanto a la posibilidad de dejarlo desarrollar y aplicarlo sin controles.

Ya el propio Goldmand, conocido pionero doctrinario de la moderna *lex mercatoria*, apuntaba en sus trabajos:

La *lex mercatoria* encaja adecuadamente en el dominio del Derecho, tanto en términos de sustancia como en términos de forma. Queda por verse si los intereses que ésta pretende satisfacer, son lo suficientemente equilibrados para garantizar la legitimidad de sus reglas. Pero esta es, como diría Kipling, otra historia... (Goldman y Kahn citados en Berger, 2004).

Otros han anotado después, que debe verse con recelo la formación de un sistema jurídico por los propios círculos profesionales interesados, donde normalmente el Estado no tiene ninguna injerencia, ni intervención. Evidentemente que ello trae consigo el riesgo de que a través de los distintos usos y prácticas trazados por tales sectores, se encubran y protejan injustificadamente los intereses de los más poderosos en el comercio internacional, en perjuicio de los intereses de los más débiles.

Esta situación es puesta de relieve por Fernández de La Gándara y Calvo Caravaca, quienes explican que ya el riesgo había sido advertido tempranamente por Rabel (1964) y De Castro (1958). Y sustentándose, a su vez, en autores como J.M. Gondra y A. Remiro Brotons, advierten:

La sociedad internacional de los comerciantes –no se olvide– no es un paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. Parafraseando a Cicerón, cabe recordar que, entre el fuerte y el débil, la ley libera y la libertad esclaviza: la interposición del Estado es, desde esta perspectiva, instancia de protección de los débiles frente a los fuertes (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, 1995: 53-54).

Por su parte Fernández Rozas, sostiene tangencialmente:

...no cabe duda que, tras la alabanza a las supuestas bondades de la *lex mercatoria*, puede esconderse una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en este ámbito que es justo que se denuncie en sede científica por la posibilidad de desvirtuar la realidad de las cosas. Esta es, en nuestra opinión, la clave con la que deben valorarse toda una serie de construcciones pseudo-doctrinales que no buscan otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales (Fernández Rozas, 2003: 84).

Hasta ahora, el sector de la *lex mercatoria* que presenta mayor sensibilidad y riesgo en cuanto los desequilibrios entre las partes del comercio internacional, es el de los *contratos tipo* y formulas afines, elaborados por las asociaciones gremiales especializadas. Comenta también Fernández Rozas, que dentro de lo múltiples ejemplos que pueden ofrecerse, es obligado referirse a los esquemas de contratación que propone la IATA para el transporte aéreo de pasajeros utilizados por las líneas aéreas en todo el mundo. Específicamente, se han denunciado los desequilibrios que encierra el contrato tipo de agencias de viaje acreditadas a IATA, propuesto mediante resolución No. 824 (Sección 9ª) de esa asociación. Es pública la observación de que este contrato no guarda un debido equilibrio entre las agencias de viajes y las compañías aéreas, siendo éstas últimas las que resultan injustamente beneficiadas por el texto del contrato, al punto de vulnerar las normas y principios de libre mercado (Fernández Rozas, 2003: 137).

Desde una perspectiva meramente lógica y realista, que parte del conocimiento de las inclinaciones humanas naturales, es obvio que debe verse

con cautela el desarrollo *espontáneo* y descontrolado de un Derecho *anacional*, elaborado los propios grupos interesados. Por ello, consideramos plausible y adecuada la fórmula recogida en el artículo 31 LDIP, que sujeta a las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto, la posible aplicación de la *lex mercatoria* bien como complemento o como instrumento interpretativo, o bien como fuente supranacional que priva sobre la *lex contractus*. Esta fórmula permite al juez aplicar la *lex mercatoria* manteniendo los debidos equilibrios que pudieren verse distorsionados en la dinámica creadora de tal sistema normativo.

6

## OBLIGACIONES NO CONVENCIONALES

Víctor Hugo Guerra Hernández

### ARTÍCULO 32

*Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito.*

### SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 32 LDIP. III. RELACIÓN CON LAS DEMÁS FUENTES VIGENTES EN LA MATERIA. 1. FUENTES INTERNACIONALES. 2. FUENTES NACIONALES. IV. APORTES DE LA DOCTRINA EXTRANJERA Y DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS. 4.1. *Código Civil Portugués (1967) Libro I, Título I, Capítulo III, Sección II, Subsección III – Ley Reguladora de las Obligaciones.* 4.2. *Código Civil Peruano (promulgado el 14/11/1984). Libro X, Título III.* 4.3. *Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado (16/06/1979). Sección VII – Reglas Generales.* 4.4. *Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado. Aprobación: 18/12/1987. Publicación: 12/01/1988. Vigencia: 01/01/1989. Capítulo Noveno.* 4.5. *Ley que Contiene la Reforma del Libro Décimo del Nuevo Código Civil de la Provincia de Québec (18/12/1991), Libro X, Título II, Capítulo III, Sección II - Disposiciones Particulares.10. De la responsabilidad civil.* V. CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA\*.

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer lugar, podemos observar que en la referencia que hacen los títulos de la Ley de Derecho Internacional Privado ("LDIP") a esta

\* No se encontraron datos relativos a esta sección.