

Relaciones de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con los Incoterms y otros instrumentos de Soft Law*

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 37-74

Resumen: El objetivo de estas breves líneas es explorar la relación existente entre los diferentes instrumentos normativos que gravitan al rededor del contrato compraventa internacional de mercaderías, teniendo como centro la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. Para ello tendremos en cuenta, en primer lugar, las posibilidades de aplicación de la Convención en Venezuela, aun si haber sido ratificada; y, en segundo término, la Guía preparada por UNCITRAL, la Conferencia de La Haya y UNIDROIT.

Palabras claves: Compraventa internacional de mercaderías. *Hard Law*. *Soft Law*. *Lex mercatoria*. Autonomía conflictual. Convención de Viena.

The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods' relations with Incoterms and other Soft Law instruments

Abstract: *The objective of these paper is to explore the relationship between the different normative instruments that gravitate around the international contract for the sale of goods, having as its center the Vienna Convention on contracts for the international sale of goods. For this, I will take into account, firstly, the possibilities of applying the Convention in Venezuela, even if it has not been ratified; and, secondly, the Guide prepared by UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT.*

Keywords: *International sale of goods. Hard Law. Soft Law. Lex mercatoria. Conflictual autonomy. Vienna Convention.*

Autora invitada

Recibido: 2/07/2022

Aprobado: 9/08/2022

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por la autora en el foro: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, organizada por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la cual se llevó a cabo el 22 de marzo de 2022.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

Relaciones de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con los Incoterms y otros instrumentos de Soft Law*

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 37-74

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El Derecho aplicable al contrato y el Soft Law en el Derecho internacional privado venezolano. 2. Particularidades de la Convención de Viena. 3. La compraventa internacional como centro de regulaciones diversas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En 2021, con el auspicio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL); la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se publicó la Guía Jurídica sobre Instrumentos Uniformes en el Ámbito de los Contratos Comerciales Internacionales con énfasis en la Compraventa (Guía Tripartita)¹.

La Guía empieza por reconocer la gran variedad de instrumentos que giran alrededor de un contrato internacional de compraventa, textos que son entendidos como complementarios entre sí, y que incluyen tanto tratados internacionales —*Hard Law*— como instrumentos de *Soft Law*; algunos basados en el método conflictual, otros en el método material.

Entre los instrumentos que utilizan el método material, se mencionan la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980); los Principios

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por la autora en el foro: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, organizada por la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la cual se llevó a cabo el 22 de marzo de 2022.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales con énfasis en la compraventa* (Viena: Naciones Unidas, 2021).

UNDROIT sobre contratos comerciales internacionales (última versión 2016); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005); la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (1974, enmendada en 1980); el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales (1955); el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (1978); el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1986); y la Convención de UNIDROIT sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías (1983)².

La Guía Tripartita también se refiere, con particular interés, a un instrumento de normas de conflicto: los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales (2015)³.

Aunque no son objeto de particular análisis en la Guía, también se refieren los dos principales tratados en materia de contratos, con regulación conflictual: el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)⁴ y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (1994) (Convención de México), esta última ratificada por Venezuela⁵.

Ahora bien, partiendo de este universo de regulaciones, la Guía se centra, fundamentalmente, en instrumentos provenientes de UNCITRAL, la Conferencia de La Haya y UNIDROIT, con el objetivo de “aclarar las relación existente entre los textos con miras a promover su aprobación, utilización e interpretación uniforme y, en última instancia, la creación de un entorno jurídico previsible y flexible para las operaciones comerciales transfronterizas sobre la base del principio de la libertad contractual”⁶.

Nuestro objetivo con estas líneas es examinar, partiendo de las ideas expresadas en la Guía y considerando los lineamientos generales del Derecho internacional privado venezolano, las relaciones de la Convención de Viena con otros instrumentos de *Soft Law* y, en particular, determinar cómo se verificaría su aplicación frente a un contrato de compraventa internacional. Para ello, comenzaremos por recordar algunas de las soluciones generales del Derecho internacional privado venezolano frente al *Soft Law*.

² CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., pp.1-2.

³ <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>

⁵ Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995

⁶ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 3.

1. El Derecho aplicable al contrato y el Soft Law en el Derecho internacional privado venezolano

A. Generalidades

Hoy día es una realidad innegable la existencia de una pluralidad de métodos de reglamentación en el Derecho internacional privado⁷. En efecto, con muy pocas excepciones⁸, se reconoce que el Derecho internacional privado se vale tanto de normas materiales como de normas de conflicto⁹.

Dentro de las normas materiales, al lado de las normas internacionalmente imperativas¹⁰ —las cuales, como se sabe, tienen aplicación preferente— están las normas materiales especiales, que regulan directamente —materiales— situaciones de carácter internacional —especiales. Aplicar normas internas a situaciones internacionales, como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto —cuestionado por Quintín Alfonsín con su *Derecho privado internacional*¹¹—, puede resultar, según afirma Bucher, imposible o inoportuno y ello, en su opinión, potencia la función de estas normas que responden de mejor manera a las especificidades propias de las situaciones internacionales¹².

⁷ Esta forma de entender el método en el Derecho internacional privado inicia con los trabajos de Franciscakis (Phocion Franciscakis, *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en Droit international privé* (Paris: Sirey, 1958); y, del mismo autor, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, *Revue Critique de Droit International Privé*, No. 55 [1966], pp. 1 ss.) y se consolida con la obra de Batiffol (H. Batiffol, “Le pluralisme des méthodes du Droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1973 II, Vol. 139, pp. 75-148). Mirando el asunto más allá del método, Gaudemet-Tallon prefiere hablar de pluralismo en lugar de pluralidad: « *Le pluralisme, s’il veut se distinguer de la simple pluralité, implique aussi un élément d’organisation qui est bénéfique : il évite le morcellement, l’éclatement et les incohérences qui en découlent ... le pluralisme permet d’éviter ce que j’appellerai l’« autisme juridique » : il oblige le juriste à sortir de son propre univers, à aller voir ce qui se passe ailleurs, à comprendre l’Autre, et à savoir quand il peut accueillir cette altérité porteuse de différence et donc le plus souvent de richesse et quand il doit l’écarter car elle heurterait des valeurs tout à fait essentielles* ». Ver: Hélène Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en Droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). Cours général », *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 312, (2005), pp. 9 ss., especialmente p. 477.

⁸ El sistema alemán parece apegado a la identificación del Derecho internacional privado con la norma de conflicto. En efecto, será necesario aplicar las norma de Derecho internacional privado siempre y cuando „... *verschiedene Staaten gibt und in ihnen verschiedenes Privatrecht gilt...* “. Así, la existencia de un Derecho privado mundial (*Weltprivatrecht*), aún no alcanzado, supondría el fin del Derecho internacional privado („*das Ende des IPR*“). Ver. Gerhard Kegel und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht* (München: Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004), pp. 5 y 74.

⁹ Ver: Johan Meeusen, « Le Droit international privé et le principe de non-discrimination », *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Vol. 353, (2012), pp. 9 ss., especialmente p. 42.

¹⁰ Claudia Madrid Martínez, “El rol de las normas imperativas en la contratación internacional contemporánea”, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), Tomo I, pp. 129-162.

¹¹ Ver: Quintín Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional* (Montevideo: Ediciones Idea, 1982), pp. 173-175.

¹² Bucher, Andreas, “La dimension sociale du Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 341 (2009), pp. 9 ss., especialmente p. 29.

Precisamente, este método material está presente en la Convención de Viena y, salvo el caso de los Principios de La Haya, en buena parte de los instrumentos de *Soft Law*. De hecho, se podría esperar que en materia de obligaciones en general, y de contratos en particular, debido a la característica de universalidad que comúnmente le endosa la doctrina a esta rama del Derecho¹³, predominase la regulación material. Sin embargo, el método conflictual también sigue presente.

En efecto, ante la ausencia de normas materiales, tanto internacionalmente imperativas como de aquellas que resuelven directamente el caso internacional, es que el juez podrá acudir al clásico método conflictual. Este método, que ha sido considerado como el paradigma de la reglamentación de las relaciones de tráfico jurídico externo durante más de cinco siglos, hoy día comparte su tarea con los métodos materiales antes mencionados¹⁴. Sin embargo, aunque innumerables han sido las críticas dirigidas en su contra, en toda la evolución de nuestra disciplina no se ha conseguido construir una herramienta capaz de desplazarlo por completo, en el sentido de dar solución a los casos en los que el operador del Derecho debe tomar en cuenta ordenamientos jurídicos diversos al propio.

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado, por ejemplo, la ausencia de ratificación de la Convención de Viena nos conduce, necesariamente, en materia de compraventa internacional, a determinar el Derecho aplicable, a través de la norma de conflicto. Y es también esta norma la que da entrada a los diversos instrumentos de *Soft Law*. Veamos, antes de continuar, las características fundamentales del Derecho internacional privado de los contratos en nuestro país.

B. Regulación conflictual

Aceptada como la principal conexión¹⁵ para la determinación del Derecho aplicable al contrato internacional, la autonomía conflictual ha ido ganando terreno en la codificación

¹³ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho civil III* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), Tomo I, pp. 6-7; María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho civil III. Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), p. 17.

¹⁴ La admisión de la pluralidad de métodos en Derecho internacional privado supone lo que Lequette llama “érosion” del paradigma conflictual. Esto implica que el conflictual sigue siendo el método predominante para tratar las relaciones privadas internacionales, pero este se ve alterado por nuevos procedimientos que se están desarrollando dentro de él, como las reglas de conflicto materialmente orientadas (“*règles de conflit à coloration matérielle*”) o normas unilaterales de conflicto, incluso reprimidas en determinadas áreas por procedimientos contrapuestos, como las normas internacionalmente imperativas o las normas materiales especiales. El “cambio de paradigma” implica, por su parte, una invalidación del método conflictual y su sustitución por uno nuevo, cuestión que —debemos añadir— de momento no ha ocurrido. Ver: Yves Lequette, “Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 387 (2016), pp. 9 ss., especialmente p. 24.

¹⁵ Basedow, sin embargo, la considera como una conexión provisional —*stopgap solution*—, “...a second best which, notwithstanding its scholarly imperfection, is preferable in light of its practical benefits. In the meantime, party autonomy continues its advance into new legal fields with little reflection dedicated to its actual justification. In general, one has been content with brief references to the Western conception of individual liberty and the principle ‘in dubio pro libertate’. Conversely, one can consistently observe a much greater degree of interest in the specific limitations and manifestations of choice of law”. Ver: Jürgen Basedow, “The Law of open societies: private ordering

comparada¹⁶ y Venezuela no está al margen de esta tendencia. En efecto, como antes afirmamos, Venezuela ratificó la Convención de México en 1994¹⁷, y sus soluciones fueron recogidas por la Ley venezolana de Derecho internacional privado¹⁸.

Ambos instrumentos —cuya interrelación conduce a la comprensión de las normas de la Ley a partir de las soluciones de la Convención¹⁹— conceden a la autonomía conflictual un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones contractuales. La Convención de México dispone, en su artículo 7, que “[e]l contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”. El artículo 29 de la Ley, por su parte, establece que “[l]as obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

A partir de estas normas, ha de admitirse que la autonomía de las partes goza de un amplio marco de actuación, pues no se exige contacto alguno con el sistema elegido²⁰; tampoco se limita temporalmente la elección, en el sentido de que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 Convención de México). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte de su relación o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se admite el *dépeçage* voluntario (art. 7

and public regulation of international relations: General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 360 (2013), pp. 9 ss., especialmente p. 163.

¹⁶ Ver: Claudia Madrid Martínez, “La contratación internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Una mirada desde los sistemas latinoamericanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de una Universidad Católica Andrés Bello*, No. 74 (2019-2020), pp. 297 ss.

¹⁷ Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

¹⁸ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

¹⁹ La exposición de motivos de la Ley reconoce que esta, “...ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela en 1995, la más autorizada doctrina, y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional”. Ver también: Fabiola Romero, “Derecho aplicable al contrato internacional”, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), Tomo I, pp. 203 ss., especialmente p. 248; José Alfredo Giral Pimentel, *El contrato internacional* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999), Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 217; Eugenio Hernández-Bretón, “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, No. 17 (2005), pp. 11 ss., especialmente p. 25. En tal sentido, Hernández Bretón reconoce expresamente que “...la CIDACI es un elemento indispensable para poder interpretar y aplicar las soluciones de la LDIP... Las soluciones de la CIDACI complementan y desarrollan las soluciones incorporadas expresamente en la legislación nacional como principios generalmente aceptados de Derecho internacional privado a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDIP”. Ver: Eugenio Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007), p. 104.

²⁰ Cuestión que sería expresamente reconocida mediante los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, cuyo artículo 2.4 declara que “[no] se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”.

Convención de México)²¹. Esta solución, en definitiva, potencia el desarrollo del comercio internacional al reducir la incertidumbre en la regulación de las relaciones contractuales²².

No obstante, antes de la vigencia de estos instrumentos, la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato ya había sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, sobre la base del artículo 116 del Código de Comercio²³.

En efecto, en una sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, en fecha 12 de marzo de 1970²⁴, el juez, aplicando por vía analógica la norma citada, extendió su aplicación a todos los supuestos de contratos internacionales²⁵ y admitió, en primer lugar, que no debía exigirse vinculación alguna entre el contrato y el Derecho elegido, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario; y, en segundo lugar, que el contrato podía fraccionarse —*dépeçage*— con la elección de varios Derechos para regir los diversos aspectos del mismo.

Esta solución, además de ser confirmada por el tribunal de casación²⁶, fue avalada por la doctrina venezolana, la cual estuvo de acuerdo en que la voluntad conflictual fuese considerada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado²⁷—cuestión que había admitido la propia sentencia²⁸.

²¹ De tal manera, "...resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones". Ver: Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 86-87.

²² En sentido similar, Hernández-Bretón, "Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos...", ob. cit., p. 21.

²³ Código de Comercio, art. 116, "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la Ley venezolana, a menos que las partes hubieran acordado otra cosa".

²⁴ Juzgado segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y el Estado Miranda, Sentencia N° 56-1, 12/03/1970, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1970, T. XVIII, pp. 96 ss.

²⁵ En tal sentido, el juzgador afirmó que "[r]esulta consecuencia indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho internacional privado en el sistema venezolano según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones, ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo".

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1971, T. XXX, pp. 395 ss.

²⁷ Ver: Eugenio Hernández-Bretón, "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 71 (1988), pp. 378 ss., especialmente p. 392.

²⁸ "De esta manera resulta que la facultad de los contratantes para determinar la Ley aplicable a sus convenciones no solo constituye un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado por Venezuela; sino que también representa una solución admitida por la generalidad de los países que integran la comunidad jurídica internacional". De hecho, en 1965, Lombard reportaba la aceptación de la voluntad de las partes fundamentándose, precisamente, en el artículo 116 del Código de Comercio, además de los artículos 1.159 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil. ver: Richard Lombard, *American-Venezuelan private international law* (New York: Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1965), *Bilateral Studies in private international Law* No. 14, p. 63.

C. La Convención de Viena y el Derecho internacional privado venezolano

1. El juego de la norma de conflicto

Al no haber sido ratificada por Venezuela, la Convención de Viena es inaplicable de manera directa por nuestros jueces. Sin embargo, aunque hasta el momento no ha ocurrido, no descartamos la posibilidad de que estos puedan recurrir a la Convención, sobre la base de algunas precisiones en relación con el artículo 1 de la misma e, incluso, en consideración del Derecho internacional privado venezolano.

Recordemos que, de conformidad, con el artículo 1 de la Convención de Viena, este tratado se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que esos Estados sean parte en la Convención; o cuando las normas de Derecho internacional privado foro ordenen la aplicación del Derecho de un Estado contratante.

Desde luego, es claro que, de conformidad con el primer supuesto, si uno de los contratantes tiene su establecimiento en Venezuela, la Convención no sería aplicable. Sin embargo, podrían plantearse algunas dudas, en relación con el artículo 1.1.b, norma que consagra lo que ha sido calificado por algunos autores como una cláusula de extensión²⁹. Es necesario aclarar, aunque luce obvio, que para que esta norma sea aplicable la controversia debe estar ventilándose ante los tribunales de un Estado parte de la Convención que no haya hecho reserva expresa de esta posibilidad, en virtud del artículo 95 de la propia Convención³⁰.

Es necesario reconocer que esta ampliación del ámbito de aplicación de la Convención en virtud del artículo 1.1.b —cuestionada incluso por algunos autores³¹— no es muy acogida en la práctica venezolana. En efecto, los abogados suelen incluir en sus contratos de compraventa, cláusulas mediante las que, al elegir como competente el Derecho de un Estado parte en la Convención, se excluye —además de las normas sobre conflicto de leyes de manera de evitar el reenvío— la Convención de Viena. Ello para evitar su aplicación, incluso en los supuestos en los cuales la controversia se plantee ante los tribunales de un Estado parte en la misma.

Sin embargo, encontramos algunas excepciones. Es el caso de una decisión de la Casación francesa³² en la cual se aplicó la Convención a un contrato de distribución exclusiva celebrado entre un vendedor con establecimiento en Francia y un comprador con establecimiento en Venezuela. En este caso, se aplicó la Convención debido a que las partes eligieron el Derecho francés —Estado parte en la Convención— para regir el contrato, en virtud de los artículos 4.1 y

²⁹ Antonio Boggiano, *Contratos internacionales* (Buenos Aires: DePalma, 1990), p. 92.

³⁰ Franco Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts. Rom I-VO. CISG. CMR. FactÜ* (München: Verlag C.H. Beck, 2012), p. 404; Kurt Siehr, „Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf“, en: H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (Heidelberg, Dordrecht, London, New York: Springer, 2. Auflage, 2010), pp. 9 ss., especialmente p. 15.

³¹ Peter Schlechtriem, „Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)“, *Aktuelle Juristische Praxis*, (1992), pp. 339 ss., especialmente p. 345.

³² Puede reportarse la sentencia francesa dictada por la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 20 de febrero de 2007, *Société Mim v. Société YSPL*, disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1186>

4.2 del entonces vigente Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Es importante destacar que la Convención se aplicó a los contratos individuales de venta celebrados en el marco del mencionado contrato de distribución.

Otros autores, por su parte, admiten la posibilidad de aplicar la Convención cuando la norma de conflicto de un Estado no parte en la misma, indique la aplicación del Derecho de un Estado parte³³. En Venezuela, Hernández-Bretón no ve obstáculo para que el juez venezolano aplique la Convención en los casos en que las partes hayan elegido como aplicable el Derecho de un Estado parte de la misma —o incluso cuando, en ausencia de elección por las partes, el contrato presente los vínculos más estrechos con el Derecho de un Estado parte en la Convención³⁴— y fundamenta su opinión en la concepción del Derecho internacional privado venezolano frente a la aplicación del Derecho extranjero. El autor cita, además, una decisión tomada en 1968 por Gonzalo Parra Aranguren³⁵, siendo juez mercantil, en la cual se aplicó el Convenio de Ginebra que establece la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés (1930), luego de llegar a la conclusión de que el Derecho japonés resultaba aplicable a un endoso en procuración. Siendo Japón parte en el citado tratado, la aplicación de su Derecho —“*as if it were a Japanese judge*”— condujo a la consideración de la Convención, aunque Venezuela no fuera parte en ella³⁶.

En todo caso, esta posibilidad de que la Convención sea aplicada por el juez de un Estado que no sea parte en la misma, en opinión de Garro y Zuppi, no obedecería al mandato del artículo 1.1.b, sino más bien a la aplicación de las propias normas de conflicto de ese Estado no parte. Semejante afirmación se debe a que la intención de los redactores de esta disposición fue que la compraventa internacional de mercaderías estuviese gobernada por un grupo de normas accesibles en varios idiomas y cuidadosamente estudiadas en varias partes del mundo, en lugar de estar sujeta al Derecho interno de algún país cuyo conocimiento sea menos accesible³⁷.

La ventaja de esta solución tiene que ver con la aplicación de la Convención, instrumento ampliamente conocido, como si se tratase de un Derecho extranjero, un Derecho neutral que no pertenece a ninguna de las partes³⁸. En efecto, “[s]ince the Convention is well-suited to

³³ Así Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 404.

³⁴ “If the result of the inquiry shows that an international sales of goods contract has the most direct or closest ties with a given country that is a CISG contracting-State, then the Convention would be applicable by a Venezuelan Court to the extent that the conditions for the application of the CISG in the given contracting-State are met”. Ver: Eugenio Hernández-Bretón, “The applications of the CISG in Venezuela as a non-contracting State”, en: I. de Aguilar Vieira and G. Cerqueira, *The Vienna Convention in America. 40th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Paris: Société de Législation Comparée, 2020), pp. 289 ss., especialmente p. 297.

³⁵ Juzgado Segundo de Primera Instancia Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia 29 de febrero de 1968 (*Isolina Finol Rojas vs. Darvica S.A.*). Decisión comentada en: Jean Lisbonne, “Chronique de jurisprudence vénézuélienne”, *Journal de Droit International (Clunet)*, (1968), pp. 752-756.

³⁶ Hernández-Bretón, “The applications of the CISG in Venezuela as a non-contracting State...”, ob. cit., pp. 293-294. No obstante, en su comentario a esta decisión, Lisbonne destaca la similitud entre la solución a que conduce la aplicación de la Ley uniforme, como parte del Derecho japonés, y la consagrada por el artículo 426 del Código de Comercio venezolano, similitud que no considera una simple coincidencia, pues las soluciones del Código de Comercio, incorporadas en la reforma de 1919, están basadas en el Reglamento Uniforme de La Haya de 1916. Ver: Lisbonne, “Chronique de jurisprudence vénézuélienne”..., ob. cit., p. 754.

³⁷ Alejandro Garro y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías* (Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1990), p. 91.

³⁸ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 404.

*international transactions, the more it applies, the more legal certainty that may be achieved. Usually, decisions based on the modern (and 'neutral') law of the Convention are more acceptable to both parties than one party's domestic law, often unfamiliar to the other party*³⁹.

En todo caso, aunque la Convención sin duda constituye un sistema conveniente para regular el contrato de compraventa, cuando la controversia se plantea ante un Estado que no la haya ratificado, su aplicación debe justificarse recurriendo al sistema de Derecho internacional privado del Estado de que se trate. Así, en el caso de Venezuela, se plantearía la posibilidad de su aplicación en ejercicio de la autonomía conflictual.

En efecto, la Convención podría aplicarse cuando las partes, establecidas en Estados no parte, deciden aplicarla a su relación contractual, haciendo uso de la autonomía conflictual⁴⁰. No obstante, algunos autores estiman que tal elección es más una manifestación de la autonomía material que de la autonomía conflictual⁴¹, de manera que la Convención se incorporaría como cláusula al contrato y, como cláusula contractual, su validez dependería del Derecho aplicable a ese contrato.

En el caso particular de Venezuela, la ya mencionada amplia aceptación de la autonomía conflictual, abriría la posibilidad de aplicación, a un contrato internacional, de la Convención de Viena ante un juez venezolano, cuando las partes así lo decidan⁴². En tal sentido, Hernández Bretón también ha admitido esta posibilidad al afirmar que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Derecho internacional privado, las partes pueden elegir la Convención para regir su contrato sin tener que elegir, simultáneamente, un ordenamiento jurídico estatal. No obstante, admite el propio autor, si el juez se encontrase frente a un asunto no regulado por la Convención, deberá proceder como si no hubiera habido elección y deberá determinar el Derecho más vinculado con el contrato⁴³.

2. La Convención de Viena como *Lex Mercatoria*

Otra posibilidad de aplicación de la Convención sería calificar sus soluciones como parte del concepto de *Lex mercatoria*⁴⁴. Pero antes de examinar esta posibilidad hemos de aclarar un

³⁹ Christophe Bernasconi, "The personal and territorial scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)", *Netherlands International Law Review*, No. 46 (1999), pp. 137 ss., especialmente p. 159.

⁴⁰ Kegel und Schurig, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 704.

⁴¹ Luis Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca, "La compraventa internacional de mercaderías", en: L. Fernández de la Gándara y A. L. Calvo Caravaca (dirs.), *Contratos internacionales* (Madrid: Tecnos, 1997), p. 175.

⁴² Es la opinión que hemos sostenido en: Claudia Madrid Martínez, "Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods", en: I. de Aguilar Vieira and G. Cerqueira, *The Vienna Convention in America. 40th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Paris: Société de Législation Comparée, 2020), pp. 301 ss., especialmente p. 305.

⁴³ Hernández-Bretón, "The applications of the CISG in Venezuela as a non-contracting State...", ob. cit., pp. 295-296.

⁴⁴ Madrid Martínez, "Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods...", ob. cit., p. 306. Según afirma Hernández-Bretón "...the CISG could be called to apply as an expression of general principles of international commercial law recognized by UNCITRAL". Ver: Hernández-Bretón, "The applications of the CISG in Venezuela as a non-contracting State...", ob. cit., p. 298. Esta posibilidad también es admitida en: Jorge Oviedo Albán, *Regulación del contrato de compraventa internacional*

importante tema terminológico que ha contribuido a cierta confusión en relación con esta figura. En efecto, en otras oportunidades hemos reconocido que su denominación ha sido uno de los problemas enfrentados por la *Lex mercatoria*. Así, para referirse a este fenómeno suele recurrirse a expresiones tales como “Derecho espontáneo” —debido a que se trata de un sistema creado por y para los comerciantes⁴⁵—, “Derecho no estatal” —quizá aludiendo al resquebrajamiento del monopolio de la función legislativa en manos del Estado que esta fuente de Derecho supone⁴⁶— o, incluso, “normas de Derecho” —expresión mucho más amplia que las anteriores y afín al mundo del arbitraje⁴⁷.

En todo caso, la falta de carácter vinculante de los diversos componentes de la *Lex mercatoria* también la acerca al concepto de *Soft Law*, cuya principal característica, por oposición al *Hard Law*, es esa ausencia de carácter formal y de fuerza vinculante⁴⁸. Se trata de “normas que no pueden ser impuestas coactivamente recurriendo a la fuerza pública”, pero que no carecen de normatividad⁴⁹. Esta característica común hace que en la doctrina se use la expresión *Soft Law* para hacer referencia a los diversos componentes de la *Lex mercatoria*.

En materia de Derecho internacional privado, algunas convenciones pueden llegar a considerarse como instrumentos de *Soft Law*, cuando en ellas se incluyen las llamadas *opting-out clauses* que permiten a los contratantes excluir la aplicación del tratado. Se trata de cláusulas estándares en las leyes modelo y en las convenciones en materia de contratación internacional⁵⁰ y es lo que ocurre —y a ello volveremos *infra*— con la Convención de Viena, cuyo artículo 6 admite que las partes en su contrato puedan excluir total o parcialmente su aplicación.

Ahora bien, la identificación de la Convención de Viena con la noción de *Lex mercatoria* u otras afines es admitida, aunque con carácter limitado en la Guía Tripartita. En este instrumento

(Bogotá: Ibáñez, 2008), p. 38. Algunos autores, sin embargo, se muestran en desacuerdo con esta posibilidad. Ver: Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, “La compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., p. 175.

⁴⁵ La “...*Lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países”. Ver: José Carlos Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales* (Madrid: Colegios Notariales de España, 2003), p. 80. Esta opinión también es aceptada por: Maximiliano Rodríguez Fernández, “Reconocimiento de la *Lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *Revista e-Mercatoria*, Vol. 11, No. 2 (2012), pp. 45 ss., especialmente p. 55, nota 26.

⁴⁶ Así se ha admitido en: Gabrielle Kaufmann-Kohler, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en: J. Basedow, D. Fernández y J. Moreno (eds.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters, 2010), pp. 107 ss., especialmente pp. 109-110.

⁴⁷ Claudia Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho internacional privado colombiano. Perspectiva comparada* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, Ediciones UNAULA, 2021), pp. 63-64.

⁴⁸ Precisamente, Thürer ha definido al *soft law* “as a phenomenon in international relations covers all those social rules generated by States or other subjects of international law **which are not binding but which are nevertheless of special legal relevance**” (resaltado nuestro). Ver: Daniel Thürer, “Soft Law”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), pp. 452 ss.

⁴⁹ Kaufmann-Kohler, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional...”, ob. cit. p. 107.

⁵⁰ Petar Šarčević, “Unification and ‘Soft Law’”, en: P. Volken y W Stoffel (dirs), *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization, Mélanges en l’honneur d’Alfred von Overbeck* (Fribourg: Éditions Universitaires, 1990), pp. 87 ss., especialmente pp. 97-98.

se admite que “[e]n el contexto arbitral se puede elegir la CIM [Convención de Viena] como Derecho aplicable aun cuando las partes no tengan sus establecimientos respectivos en Estados contratantes o las normas de DIPr no prevean la aplicación de la CIM. En este contexto, la CIM puede aplicarse como **norma jurídica transnacional (no estatal)**” (resaltado nuestro)⁵¹.

Para el caso en que la controversia se plantee ante la jurisdicción ordinaria, la consideración de la Convención de Viena como parte de la *Lex mercatoria* dependerá del Derecho interno de cada Estado. La Guía admite que la mayoría de los sistemas rechaza la posibilidad de que las partes elijan normas jurídicas no estatales para regir el contrato y que, en tales casos, la referencia a la Convención habrá de entenderse como un ejercicio de autonomía material⁵². No este, sin embargo, el caso del sistema venezolano de Derecho internacional privado.

Considérese que en nuestro sistema, tanto la Convención de México como la Ley de Derecho Internacional Privado establecen que, ante la falta de indicación del Derecho aplicable por las partes, el juez, en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, también tomará en cuenta “los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”, ordenando además que se apliquen, “...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” (arts. 9 y 10 Convención de México; 30 y 31 LDIPV).

De conformidad con estas normas, las *Lex mercatoria* cumple tanto con una función material como con una función conflictual. Desde el punto de vista de su función material, la *Lex mercatoria* puede aplicarse bien por elección de las partes en ejercicio de la autonomía conflictual, bien en defecto de elección, cuando el juez considere que es el sistema más estrechamente vinculado al contrato. Además, los diversos componentes de la *Lex mercatoria* podrán utilizarse como criterios de interpretación o integración de lagunas del Derecho que rige el contrato⁵³ o, en todo caso, cuando la justicia material de un caso concreto exija su aplicación. Desde el punto de vista de su función conflictual, la *Lex mercatoria* puede ser una importante herramienta a considerar por el juez para llegar al Derecho más vinculado al contrato⁵⁴.

En todo caso, la amplia admisión de la *Lex mercatoria* en el sistema venezolano — contenida en una Ley que excluye al arbitraje de su ámbito de aplicación y que está dirigida

⁵¹ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 18, párr. 46.

⁵² CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 18, párr. 47.

⁵³ Esta posibilidad fue sin embargo negada en el laudo ICC 13750 de 21 de marzo de 2007 (*ENEL Trade, SpA c. Bitúmenes del Orinoco, S.A.*), en el cual se afirmó que visto que las partes eligieron el Derecho venezolano para regir el contrato, tal elección excluye la aplicación de cualquier otro sistema, distinto del Derecho sustantivo venezolano, así se trate de un Derecho extranjero o de cualquier componente de la *Lex mercatoria*. Laudo consultado en: Enrique Urdaneta Fontiveros, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011), Serie Estudios No. 99, p. 210, nota a pie de página No. 362

⁵⁴ Claudia Madrid Martínez, “Notas sobre la *Lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos”, en: J. Moreno y D. Fernández (coords.), *Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano* (Asunción: CEDEP, ASADIP, 2013), pp. 333 ss.

exclusivamente al juez⁵⁵— es consistente con una tendencia generalizada en el Derecho comparado hacia la “deslocalización” del contrato, que apunta hacia la adopción de esquemas autosuficientes y completos, que aseguren la independencia del contrato de los ordenamientos jurídicos estatales. Uno de estos esquemas completos podría ser, precisamente, la Convención de Viena⁵⁶.

Lamentablemente, en la práctica venezolana solo se conocen dos decisiones que han aplicado algún componente de la *Lex mercatoria*. La Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema emitió la primera decisión —el célebre caso Pepsi-Cola— en la que la Corte tuvo en cuenta los Principios UNIDROIT para determinar la “internacionalidad” del contrato⁵⁷. En la segunda decisión, resolviendo una disputa entre una empresa venezolana y una empresa holandesa, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia reconoció, con fundamento en los artículos 29, 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el valor de la *Lex mercatoria* y, con tal fundamento, la Sala ordenó la aplicación de los Usos y Prácticas Uniformes para los Créditos Documentarios de la ICC⁵⁸.

Tomando este panorama como punto de partida, podemos entender que, de conformidad con el sistema venezolano de Derecho internacional privado, la Convención de Viena podría ser calificada como parte de la *Lex mercatoria* y aplicada en los casos de elección por las partes e incluso por el juez, en ausencia de elección.

2. Particularidades de la Convención de Viena

A. Ámbito de aplicación de la Convención de Viena

Antes de examinar las relaciones de la Convención de Viena con otros instrumentos de *Soft Law*, es necesario definir con toda claridad, cuáles son los contratos de compraventa internacional de mercaderías cubiertos por la Convención, que serán los contratos que consideraremos para ilustrar nuestro tema.

Así, debe tratarse de un contrato de compraventa, es decir, un contrato en el que el vendedor se obligue a “...entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente

⁵⁵ Art. 62 LDIP: “Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley [referido a la inderogabilidad convencional de la jurisdicción], todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”.

⁵⁶ Madrid Martínez, “Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods...”, ob. cit., p. 307.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, (*Embotelladora Caracas et al. v. Pepsi Cola Panamericana S.A.*), en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 109 (1998), pp. 150 ss.

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014 (*Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html>

Convención” (art. 30); y el comprador a “...pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención” (art. 53)⁵⁹.

De esta manera, los tipos contractuales diferentes de la compraventa están excluidos del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, por ello, el propio tratado aclara que, aunque incluye “...los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas...”, deja fuera aquellos en los que el comprador “...asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción” (art. 3.1). La razón de esta exclusión es sencilla: cuando el comprador suministra una parte esencial de los materiales, el contrato se acerca más a un contrato de servicios o incluso de trabajo⁶⁰. En el mismo sentido, la Convención tampoco se aplica a los “...contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios” (art. 3.2), lo cual supone la exclusión de los contratos laborales y de prestación de servicios.

Respecto de estas dos disposiciones, cabe preguntarse si las expresiones “parte sustancial” o “parte principal” hacen referencia a calidad o a cantidad. A tal efecto, parte de la doctrina aconseja considerar el valor económico de la compraventa y de las demás prestaciones⁶¹. Así, se aconseja entender como principal aquella prestación que valga más del cincuenta por ciento (50%) del precio total del contrato. Esta referencia al valor material de la prestación prevalece, incluso, tomando en cuenta los dos adjetivos diferentes usados en el artículo 3: sustancial y principal⁶². Este parece haber sido el criterio considerado por el árbitro en el caso ICC 7153/1992⁶³, en el cual resolvió una controversia derivada de un contrato de suministro e instalación de materiales en un hotel ubicado en la entonces Yugoslavia (hoy Croacia), por parte de un proveedor con establecimiento en Austria, sobre la base del valor de las prestaciones expresado en las facturas⁶⁴.

Otros autores, aunque reconocen la importancia del valor de la prestación, también aconsejan tener en cuenta los intereses de las partes en las prestaciones individualmente consideradas, lo cual puede implicar que, en casos excepcionales, ese límite aritmético de 50% no

⁵⁹ Esta definición coincide con la aceptada, generalmente, en Derecho comparado. Así, el artículo 1474 del Código Civil venezolano dispone que “La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad sobre una cosa y el comprador a pagar el precio”.

⁶⁰ Warren Khoo, “Article 3”, en: C.M. Bianca and M.J. Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law* (Milan: Giuffrè, 1987), pp. 41 ss., especialmente p. 41.

⁶¹ Fabricio Mantilla Espinosa, “La compraventa internacional de mercaderías”, en: L.V. García Matamoros y A.A. Aljure Salame (eds.), *Estudios contemporáneos de Derecho internacional privado* (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016), pp. 43 ss., especialmente p. 55.

⁶² Esta diferencia también está presente en las demás versiones de la Convención: *substantial / preponderant; essentielle / prépondérante; wesentlich / überwiegend*.

⁶³ ICC Arbitration Case No. 7153 of 1992 (*Hotel materials case*), en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html> (Último acceso 16 de julio de 2020).

⁶⁴ Tal como lo recoge Hascher en su comentario: “[i]n order to resolve the difficulty, the arbitrator referred in the decision to the text and to the general meaning of the contract which established unambiguously that the principal transaction was a sale. This conclusion was further supported by a bill addressed to the [buyer] which made apparent that the price to be paid for the assembly of the materials was of a completely secondary order of magnitude compared to that of the purchase of the materials. The arbitrator thus correctly examined the economic value of the benefits furnished in order to conclude that the contract at issue came within the purview of the Vienna Convention”. Ver: Dominique Hascher, “Commentary on ICC Case 7153 of 1992”, *Journal of Law and Commerce*, No. 14 (1995), pp. 220-224. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html>

tiene que alcanzarse. En todo caso, el momento decisivo para llevar a cabo esta valoración es el momento de celebración del contrato⁶⁵.

Persiste aun una duda. Si consideramos el criterio de la Convención de Viena y determinamos que en un contrato mixto la venta representa menos del 50% del valor del contrato, ¿hemos de aplicar la Convención a esta parte del contrato? O ¿hemos de tratarlo como un solo contrato? Al respecto, Honnold entiende que, si existen relaciones significativas entre la entrega de mercaderías y la prestación de servicios, el negocio ha de tratarse como un solo contrato, pues tal relación justificaría su tratamiento unitario⁶⁶. Pero si, por el contrario, no existe tal relación, ambas partes habrán de tratarse como dos contratos diferentes y la Convención solo resultaría aplicable a la venta de bienes⁶⁷.

Ahora bien, encontrándonos frente a un contrato de compraventa, en los términos antes descritos, tenemos también que considerar que, algunos tipos particulares de compraventa han quedado fuera de la Convención. En primer término, el artículo 2.a de la Convención excluye compraventas referidas a mercaderías destinadas a uso personal, familiar o doméstico⁶⁸, es decir, contratos con consumidores. Estos contratos estarían excluidos salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para personal, familiar o doméstico.

Se trata de la llamada “*unless clause*”, ilustrada por Honnold a través de un ejemplo en el que un vendedor, distribuidor de equipos fotográficos en el Estado A, acepta un pedido del comprador, residente del Estado B, para un equipo complejo y costoso, normalmente utilizado por profesionales. En una controversia sobre la venta, cuando el vendedor invoca la Convención, el comprador alega que ha comprado el equipo para su uso personal como aficionado. En este caso, el vendedor debe demostrar que no tenía conocimiento, ni debió haberlo tenido, acerca del propósito del comprador, por lo que la Convención sería aplicable a la venta⁶⁹.

⁶⁵ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 416.

⁶⁶ Esta solución se topa con un inconveniente: pensemos en un contrato mixto en el cual la venta supere al servicio y exista suficiente relación entre ambas partes. Este contrato —según afirma Honnold— resultaría sometido a la Convención, pero las normas de la Convención resultan insuficientes para regular los servicios. En estos casos, algunos autores —con los cuales coincidimos— estiman conveniente aplicar la Convención a la compraventa, y regular los servicios con el Derecho aplicable de conformidad con las normas de conflicto del juez. Mantilla Espinosa, “La compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., pp. 48-49.

⁶⁷ “*When a controversy arises, the most troublesome problems, not regulated by the contract, are likely to relate to remedies for breach, particularly the question whether the breach justifies avoidance of the entire contract. A unified approach to such problems may be necessary for the effective application of the Convention’s provisions to the transaction in goods; pursuant to Article 3(2) the value of goods would at least equal and in most cases would exceed the value of the services. Many of the provisions of the Convention are concerned with the physical aspects of goods: transport, damage, destruction, deterioration. Services do not generate these problems, but the irrelevance of these provisions of the Convention should not present difficulties. And the Convention’s general approach to interpretation and enforcement of the contract would be useful for the entire transaction*”. Ver: John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (The Hague: Kluwer Law International, 3ª ed., 1999), pp. 57-58.

⁶⁸ “*The character of the goods is not decisive; the Convention applies to the international purchase of furniture for a business office even though this type of furniture is customarily bought by consumers*”. Honnold, *Uniform Law for International Sales...*, ob. cit., p. 46.

⁶⁹ Honnold, *Uniform Law for International Sales...*, ob. cit., p. 46.

Khoo estima que esta exclusión tiene por objeto evitar los problemas que pueden plantearse entre la Convención y las normas sobre protección de consumidores las cuales, en buena parte de los casos, tienen carácter imperativo⁷⁰. No obstante, algunos autores no están de acuerdo con esta exclusión alegando que si los consumidores son "...partícipes activos del tráfico económico..." también deberían estar expuestos a la regulación comercial⁷¹. Ello, a pesar de que la mayoría de los sistemas, tal como acertadamente afirma Khoo, disponen de regulaciones especiales para estas relaciones que, por su carácter tuitivo, suelen estar revestidas de una fuerte imperatividad.

El artículo 2 de la Convención, en el literal b, excluye también las compraventas llevadas a cabo en subastas, entendidas como ventas públicas y anunciadas mediante suplemento al mejor postor⁷². Esta excepción se explica por el hecho de que en esta materia se aplican costumbres y tradiciones locales⁷³. Además de tener una importancia marginal para el comercio internacional, este tipo de compraventa deja la aplicabilidad de la Convención a un elemento aleatorio en la medida que el vendedor solo sabrá quién es el adjudicatario —y con ello si se aplica o no la Convención— cuando el martillo haya caído⁷⁴.

Las ventas judiciales son excluidas por el literal c del artículo 2. Se trata de ventas generalmente sujetas a regulaciones nacionales especiales⁷⁵ y con escasa importancia para el comercio internacional. Para aplicar esta excepción es necesaria la intervención de una autoridad estatal —y, desde luego, la ausencia de la voluntad del vendedor⁷⁶— pues, tal como afirma Khoo, "[a] sale without any intervention of the court in pursuance of a security document giving power to one party to sell in the event of default would, for example, be outside the scope of this paragraph"⁷⁷.

La exclusión, en el artículo 2.d, de la compraventa de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, se relaciona con el hecho de que estos papeles y el dinero no son considerados como "mercaderías" por buena parte de los sistemas. Este literal incluye bonos, letras de cambio y cheques, pero deja fuera los papeles comerciales tradicionales que tienen que ver más con los bienes que con el propio papel, como los conocimientos de embarque, los recibos de carga y las órdenes de pedido. La compra de monedas y billetes de curso legal en algún Estado —sometidos a legislación imperativa del Estado de circulación— también se excluye, salvo que se trate de monedas de colección⁷⁸.

⁷⁰ Warren Khoo, "Article 2", en: C.M. Bianca / M.J. Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law* (Milan: Giuffrè, 1987), pp. 34 ss., especialmente p. 36.

⁷¹ Jorge Oviedo Albán, "Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías (Comparación con la legislación privada colombiana)", en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html#34>

⁷² Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 411.

⁷³ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 411.

⁷⁴ Khoo, "Article 2...", ob. cit., p. 36.

⁷⁵ Usualmente regulaciones de carácter imperativo. Así: Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 411.

⁷⁶ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 411.

⁷⁷ Khoo, "Article 2...", ob. cit., p. 37.

⁷⁸ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 411-412.

De nuevo la dificultad en la calificación como “mercaderías” justifica la exclusión de la compraventa de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves (art. 2.e). Aunque en principio la razón de esta exclusión tiene que ver con las obligaciones derivadas del registro, no es decisivo para su exclusión que, en un caso concreto, no haya registro⁷⁹. Los medios de transporte no mencionados en este literal entrarían en el ámbito de aplicación de la Convención⁸⁰.

Finalmente, el artículo 2.f excluye la venta de electricidad. De nuevo, la imposibilidad de considerar a la electricidad como un bien en algunos sistemas, justifica esta exclusión que —según sostiene buena parte de la doctrina— no ha de extenderse a otras fuentes de energía como el gas y el petróleo⁸¹. Además, se reconoce que los contratos de suministro de energía tienen características particulares tanto a nivel del comercio interno como del internacional que justifican tal exclusión⁸².

En definitiva, para entrar en el ámbito de aplicación de la Convención, la compraventa ha de recaer sobre “mercaderías”, entendidas como cosas corporales que se pueden mover para la entrega, lo cual incluye máquinas, automóviles, plantas, alimentos, textiles, productos farmacéuticos, objetos de arte, acero, gas licuado, e incluso animales, bienes incorporeales y las colecciones de bienes, pero excluye la venta de derechos. No es necesario que las cosas existan o estén desprendidas del suelo o de un inmueble al momento de la celebración del contrato. Los inmuebles, desde luego, están excluidos⁸³.

B. Principios rectores de la Convención de Viena

Hay en la Convención de Viena tres normas particulares que resultan fundamentales para entender sus relaciones con otros instrumentos de Derecho material. Nos referimos a los artículos 6 (autonomía de la voluntad); 7 (interpretación de la Convención e integración de lagunas) y 9 (usos y prácticas entre comerciantes) de la Convención. Veamos.

1. Autonomía de la voluntad (*opt out*)

La autonomía de la voluntad es un pilar fundamental de la Convención de Viena, tanto que, según se lee en el artículo 6, esta puede incluso desplazar a la propia Convención —o a algunas de sus disposiciones. Así, aun siendo un tratado internacional y teniendo por ello naturaleza vinculante, la Convención de Viena puede verse excluida cuando las partes así lo decidan. Por tal razón, antes de proceder a aplicar la Convención, el operador jurídico debe comprobar que la misma —o algunas de sus disposiciones— no haya sido excluida por las partes lo cual, según admite Ferrari, es bastante frecuente en la práctica debido al temor de las partes a que se les aplique un régimen desconocido por ellas⁸⁴.

⁷⁹ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 412. Khoo, “Article 2...”, ob. cit., p. 37.

⁸⁰ Siehr, „Übereinkommen der Vereinten Nationen...“, ob. cit., p. 27.

⁸¹ Siehr, „Übereinkommen der Vereinten Nationen...“, ob. cit., p. 27; Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 412-413.

⁸² Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 412.

⁸³ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 399-400.

⁸⁴ Franco Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías* (Trad. M. Anderson y L. Bairati) (Barcelona: Editorial Bosch, 2009), pp. 97-98.

Esta exclusión —según se lee en la nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL— puede ocurrir “...cuando las partes declaren aplicable a su contrato la Ley de un Estado no contratante, o el Derecho substantivo interno de un Estado contratante”, igualmente, añade la Nota, no será aplicable la Convención cuando “...una estipulación del contrato se aparte de lo dispuesto...” en ella⁸⁵.

No es necesario, sin embargo, que la exclusión expresa de la Convención esté acompañada de la elección de un Derecho aplicable, basta con que las partes indiquen que la Convención de Viena no será aplicable a su contrato. En tal caso, corresponderá al juez aplicar las normas sobre determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección y, si resulta aplicable el Derecho de un Estado parte en la Convención de Viena, el juez deberá aplicar el Derecho interno de ese Estado, y no la Convención⁸⁶.

En reglas particulares, como las relativas al momento y lugar de cumplimiento de las obligaciones de comprador y vendedor se reitera que las disposiciones de la Convención serán de aplicación, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa. Así lo establecen, respecto del pago del precio, los artículos 57 y 58; y, respecto de la entrega de las mercaderías, los artículos 31 y 33.

La autonomía de la voluntad alcanza, además, la forma del contrato. En efecto, la Convención de Viena admite el principio de libertad de formas cuando su artículo 11 dispone que el contrato “...no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. El citado principio abarca lo relativo al perfeccionamiento del contrato y también incumbe a su prueba, esto último con una regla que para el Derecho venezolano —también para el Derecho español o el italiano⁸⁷— que establece una limitación respecto de la admisibilidad de la prueba de testigos⁸⁸, puede resultar chocante.

⁸⁵ Secretaría de la CNUDMI, “Nota Explicativa acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en: CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, (Naciones Unidas, 2010), pp. 35 ss., especialmente p. 38.

⁸⁶ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 433.

⁸⁷ Código de Comercio español (Real Decreto de 22 de agosto de 1885, Gaceta de Madrid, No. 289, 16 de octubre de 1885), art. 51: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas [su equivalente en euros ex Ley 46/1998, de 17 de diciembre], a no concurrir con alguna otra prueba” Codice Civile (Regio Decreto 16 marzo 1942, No. 262), art. 2721: “*La prova per testimoni dei contratti non e' ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila*”.

⁸⁸ Código Civil venezolano, art. 1.387: “No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares.

Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares.

Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio”.

No obstante, este principio puede ceder ante la voluntad de las partes —que pueden disponer una formalidad particular—; ante un uso o una práctica; o ante la declaración que pueden hacer los Estados contratantes en virtud del artículo 96 de la propia Convención de Viena. El artículo 96 permite que los Estados cuyo Derecho interno exija alguna forma solemne o de prueba hacer declaraciones para excluir la aplicación de normas de la Convención que admitan que la celebración, modificación o extensión del contrato o de alguna de las declaraciones de las partes se haga de manera que no sea por escrito⁸⁹.

2. Interpretación de la Convención e integración de lagunas

El artículo 7 de la Convención de Viena establece los parámetros a ser considerados para interpretar sus normas. Así, el operador jurídico deberá tener en cuenta el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación; y deberá, además, “asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Esta norma, según se lee en la Nota Explicativa, servirá de guía a los tribunales ordinarios y arbitrales en los casos en los cuales se planteen controversias respecto del significado y aplicación de las soluciones contenidas en la Convención. Esto, sin embargo, se estima poco frecuente debido a que, a aras de lograr la unificación del régimen de la compraventa internacional de mercaderías, “[s]e puso gran cuidado en su preparación para hacerla tan clara y fácil de entender como fuera posible”⁹⁰.

En todo caso, la consideración del carácter internacional de la Convención tiene como punto de partida el reconocimiento de las diferencias entre los sistemas de los Estados parte en ella, por lo que lo aconsejable es que sus términos sean interpretados de manera autónoma, y que los términos de cada Estado puedan ser tomados en cuenta siempre que coincidan con la comprensión internacional de la Convención. La necesidad de promover la uniformidad de sus soluciones se conjuga con la finalidad unificadora de un tratado internacional, la cual no solo depende de la letra del tratado, sino también, de la manera en que se apliquen sus soluciones. Por esto último, resultan de gran importancia los trabajos de la UNCITRAL en apoyo a este objetivo⁹¹.

Ahora bien, el artículo 7 también introduce un criterio sustancial para la interpretación de la Convención: la buena fe. Según afirma la doctrina, con la toma en consideración del principio de buena fe, que también es la base de numerosas disposiciones particulares de la Convención, se busca promover y mantener un comportamiento acorde con las buenas prácticas comerciales. Este principio, aunque presente en la mayoría de los sistemas, recibe interpretaciones diversas en los distintos Estados, por lo que lo recomendable es darle también, en el marco de la Convención, un contenido autónomo⁹².

⁸⁹ Argentina, Armenia, Belarús, Chile, Corea del Sur, Paraguay, Rusia, Ucrania y Vietnam, declararon “con arreglo a los artículos 12 y 96 de la Convención que no sería aplicable ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la Convención que permitiera que la celebración, la modificación o la extinción, por mutuo acuerdo, de un contrato de compraventa, o que la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hiciera por un procedimiento que no fuera por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tuviera su establecimiento en su territorio”. Ver: https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

⁹⁰ Secretaría de la CNUDMI, “Nota Explicativa acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías...”, ob. cit., p. 38.

⁹¹ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 440.

⁹² Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 440-441.

Es notable que el principio de buena fe no tenga en la Convención el carácter de un deber para las partes durante toda la vida del contrato, incluyendo la fase precontractual, sino que aparezca como un estándar de interpretación. En efecto, así lo reconoce Honnold, para quien la buena fe no ha de ser entendida como un requisito general sino como un criterio de interpretación, en cuya comprensión podría llegar a recurrirse a principios que reflejen consensos genuinos en una diversidad de ordenamientos locales, lo cual hace que no se tenga en cuenta, respecto de la buena fe, la meta de la Convención de promover la uniformidad, y rechazar con ello definiciones y conceptos puramente locales. Así, podría considerarse como una expresión de la buena fe la aplicación de normas como las contenidas en los artículos 19.2 y 21.2, referidas a obligaciones de información de una de las partes respecto de la otra⁹³.

Por su parte, Schlechtriem ha sugerido que la noción de buena fe en el comercio internacional debe alejarse de las concepciones locales, entendiendo que su función probablemente puede ser cumplida por la regla de que las partes deben comportarse de acuerdo con el estándar de la “persona razonable”, que se exige expresamente en una serie de disposiciones y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 7.2, debe ser considerado como un principio general de la Convención⁹⁴. A lo que Honnold añade que lo razonable puede determinarse averiguando lo que es normal y aceptable en el comercio⁹⁵.

Ahora bien, en el caso de haber lagunas, lo cual supone que seguimos dentro del ámbito de aplicación de la Convención, pero frente a un aspecto obviado en su regulación, procede recurrir a los criterios contenidos en el artículo 7.2. En tales casos habrá de recurrirse a los “principios generales en los que se basa la presente Convención”. Tal como adelantaba Schlechtriem, la buena fe puede ser considerada uno de estos principios, al cual se suman el respeto a la autonomía de la voluntad (art. 6); la prohibición de tratos discriminatorios, el estándar de lo que es razonable (arts. 8, 16.2, 25); las necesidades del comercio internacional (art. 9); la libertad de formas (arts. 11, 12 y 29.1); la resolución del contrato como último recurso (art. 59); entre otros⁹⁶.

Ahora bien, aunque algunos autores consideran limitada la posibilidad de recurrir, por ejemplo, a los Principios UNIDROIT para llenar las lagunas de la Convención, esta posibilidad ha sido reconocida en la Guía Tripartita. En efecto, el párrafo 132 de la Guía empieza por reconocer que aunque lo relativo a la posibilidad de recurrir a principios externos a la Convención para integrar sus lagunas, cuando las partes no lo hayan indicado, no está del todo claro, los Principios UNIDROIT pueden resultar de utilidad, pues si bien estos no son los principios generales de la Convención, “...pueden servir para corroborar la existencia de un determinado principio general y, por ende, constituir una herramienta para interpretar la CIM (CIM, art. 7, párr. 1) o colmar sus lagunas (CIM, art. 7, párr. 2) cuando no haya un conflicto entre ambos instrumentos”⁹⁷.

⁹³ John Honnold and Harry M. Flechtner, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 5th ed., 2021), p. 135.

⁹⁴ Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Vienna: Manz, 1986), p. 38.

⁹⁵ Honnold and Flechtner, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention...*, ob. cit., p. 136.

⁹⁶ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 441-442.

⁹⁷ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 39.

Más adelante, la propia Guía reitera que “[l]os principios generales a que se refiere el artículo 7, párrafo 2, son reglas abarcadoras que están en la base de toda la Convención, o al menos de muchas de sus disposiciones. Podría decirse que no son numerosos, y que las disposiciones más detalladas de los Principios UNIDROIT son una recopilación de esos principios generales. No obstante, tanto la CIM como los Principios UNIDROIT se inspiran en gran medida en las mismas fuentes, y al menos algunas de las normas contenidas en los Principios UNIDROIT son reafirmaciones de algunos de los principios generales de derecho mercantil internacional en los que se basa la CIM, entre otros instrumentos”⁹⁸.

UNCITRAL, por su parte, ha reconocido la utilidad de los Principios UNIDROIT y recomienda su utilización “según proceda, con los fines a que se destinan”⁹⁹. Recordemos que en el Preámbulo de los Principios se prevé su aplicación para “para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme”, lo cual lo legitima para actuar en el ámbito de la Convención de Viena. Así lo reconoce la Guía¹⁰⁰.

3. Usos y prácticas entre comerciantes

Otros de los conceptos fundamentales de la Convención de Viena son los usos y prácticas a que se refiere el artículo 9. Se trata de una norma calificada por Ferrari como derogable, debido a su condición de permeable respecto de las fuentes establecidas en función de las exigencias del comercio¹⁰¹. Recordemos que las partes tienen absoluta libertad para definir el contenido del contrato y, en tal sentido, ellas pueden redactar el contrato de manera detallada o pueden limitarse a establecer los aspectos fundamentales del mismo. También pueden, por acuerdo expreso o tácito, hacer aplicables usos y prácticas, los cuales, teniendo carácter vinculante, prevalecen incluso sobre las normas imperativas de la Convención¹⁰².

Respecto de los usos no establece la Convención de Viena una definición precisa. No obstante, tal como acertadamente recuerda Ferrari, estos no deben ser definidos a la luz de los sistemas locales, sino que, en aplicación del artículo 7 de la propia Convención, deben ser definidos de manera autónoma. Así, según estima Ferrari, los usos pueden considerarse como “...todas las prácticas o comportamientos (incluidos los omisivos) que regular y generalmente son observados en un determinado sector comercial respecto de un determinado tipo de contrato”¹⁰³.

⁹⁸ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 92.

⁹⁹ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Asamblea General, Documentos Oficiales, sexagésimo séptimo período de sesiones, 25 de junio a 6 de julio de 2012, suplemento No. 17 (A/67/17), párrs. 137 a 140, especialmente párr. 140, en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/551/57/PDF/V1255157.pdf?OpenElement>

¹⁰⁰ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 92.

¹⁰¹ Ferrari se hace eco de las opiniones de Bonell y Gilette. Ver: Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías...*, ob. cit., pp. 113-114.

¹⁰² Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., p. 447. Ver también: Charalambos Pamboukis, “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25 (2005-2006), pp. 107 ss., especialmente p. 109.

¹⁰³ Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías...*, ob. cit., pp. 116-117.

Comentado esta norma y su referencia a los usos convenidos y a los ampliamente conocidos y regularmente aceptados, Pamboukis afirma que ella acoge dos tesis contrarias respecto de los usos: una teoría subjetiva que entiende que los usos solo se aplican cuando las partes los han acordado, de manera que estos forman parte del contrato y son por ello vinculantes; y una teoría objetiva basada en la noción de que los usos son aplicables si ellos representan una norma legal y tienen poder normativo, por lo que su aplicación no depende de un acuerdo entre las partes¹⁰⁴.

En efecto, el artículo 9 reconoce dos tipos de usos: los convenidos entre las partes y los del comercio internacional. Los usos convenidos por las partes no deben ser necesariamente de conocimiento general, ni deben tener carácter internacional. De hecho, pueden ser locales, regionales o nacionales, y su aplicación depende completamente de la voluntad de las partes¹⁰⁵. por el contrario, los usos del comercio internacional, tal como lo refiere el artículo 9.2, no dependen de la voluntad de las partes, pues se entiende que, al ser ampliamente conocidos y regularmente observados, las partes los han hecho tácitamente aplicables a su contrato. En tal sentido, la norma presume que de ellos las partes tenían o debían haber tenido conocimiento. Ferrari entiende que para determinar si estamos frente a un uso del comercio internacional es necesario que se verifiquen algunas condiciones. En primer lugar, debe tratarse de usos “generalmente conocidos”, lo cual no implica que deban ser conocidos a nivel mundial, ni excluye usos locales válidos en ciertos lugares como puertos o ferias, siempre que en ellos se realice comercio internacional. En segundo lugar, deben ser usos “regularmente observados”. Ferrari reafirma la importancia de este requisito, aunque es cuestionado por algunos autores que entienden que un uso generalmente conocido es regularmente observado¹⁰⁶.

Las prácticas comparten una característica con los usos convenidos: su aplicación depende de la voluntad de las partes. Se trata de comportamientos que las partes suelen realizar de forma habitual y que surgen de la buena fe, por lo que se requieren relaciones comerciales de cierta duración y la celebración de cierto número de contratos¹⁰⁷. No bastaría, según ha admitido la jurisprudencia, con uno o dos contratos¹⁰⁸. Estas prácticas suelen estar referidas a acuerdos de pago; entrega oportuna de mercaderías; acuerdos para la presentación de informes; entre otros aspectos¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Pamboukis, “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods...”, ob. cit., pp. 108-109.

¹⁰⁵ Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías...*, ob. cit., p. 117.

¹⁰⁶ Huber estima que entender que las costumbres solo se aplican si se observan regularmente en transacciones del tipo en cuestión es una crasa imposición a la lógica (“eine arge Zumutung an die Logik”). Huber cuestiona a los autores del borrador que “aparentemente” consideran concebible que haya costumbres que no se observan regularmente. Ver: Ulrich Huber, „Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 43, Heft 3 (1979), pp. 413 ss.

¹⁰⁷ Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías...*, ob. cit., p. 118.

¹⁰⁸ Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, 3 de diciembre de 1997. “The Court also dismissed the seller's allegation that the indication on the invoice of the seller's bank account established a practice between the parties under which the buyer was bound to pay at the seller's bank, therefore the bank's place being the place of performance. In the Court's opinion, although it left open the issue of whether the parties concluded one or two different contracts for the delivery of two ship cargoes, it held that under Art. 9(1) CISG two contractual relationships were anyway not sufficient to establish a practice between the parties. According to the Court, in order for a practice between the parties to be established, long lasting contractual relationships involving more sale contracts between the parties is required”. <http://www.unilex.info/cisg/case/372>

¹⁰⁹ Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 447-448.

La norma contenida en el artículo 9 de la Convención de Viena plantea cierta necesidad de determinar, frente a un contrato concreto, cuál de estas fuentes tiene preferencia sobre las demás. Ferrari —haciéndose eco de la doctrina más autorizada— entiende que los usos convenidos por las partes y las prácticas entre ellas prevalecen sobre la propia Convención¹¹⁰. Por su parte, los usos convenidos desplazan a las prácticas y los usos del comercio internacional prevalecen sobre la Convención y sobre los usos convenidos y las prácticas entre las partes¹¹¹.

Considerando estas reflexiones, Pamboukis propone un orden jerárquico de las diversas reglas aplicables a los contratos de compraventa incluidos en el ámbito de aplicación de la Convención de Viena. Así, el orden sería el siguiente: a) Las normas imperativas del Derecho nacional aplicable; b) Los usos del comercio internacional, implícitamente aplicables al contrato (art. 9.2); c) Los usos comerciales que las partes hayan acordado expresa o implícitamente o las prácticas que hayan establecido entre ellas (art. 9.1); d) Las disposiciones de la Convención de Viena; e) Los principios generales que inspiran la Convención (art. 7.1); y f) El Derecho aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado del foro (art. 7.2). Esta jerarquía demuestra, en opinión del propio autor, que la meta fundamental de los redactores de la Convención fue regular la práctica asignando valor normativo a los usos del comercio¹¹².

3. La compraventa internacional como centro de regulaciones diversas

Teniendo claro que la propia Convención de Viena reconoce la importancia de otras fuentes que llegan incluso a aplicarse de manera preferente respecto de sus normas, nos proponemos ahora mirar, de manera más específica, las relaciones de la Convención con algunas regulaciones materiales provenientes de otros tratados, las unas, y de instrumentos calificados como de *Soft Law*, las otras. Veamos.

A. Fase precontractual, formación y vida del contrato

En el marco de la Convención de Viena, la formación del contrato responde al esquema de intercambio entre oferta y aceptación, de manera que el contrato se considera formado cuando la aceptación surte efecto (art. 23), es decir, cuando llega al oferente (arts. 18.2 y 24). Esto no excluye, desde luego, que se desarrolle una etapa precontractual más compleja, durante la cual las partes intercambien comunicaciones hasta llegar a un acuerdo.

Esas comunicaciones que se intercambian en fase precontractual, la oferta y la aceptación y cualquier otra comunicación de interés producida durante la vida del contrato, pueden estar contenidas en mensajes de datos, lo cual llama a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,

¹¹⁰ „Damit haben die Tegernseer Gebräuche aber Vorrang vor den dispositiven Bestimmungen des UNK“. Ver: Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court), 10 Ob 344/99g, 21 de marzo de 2000, en: <http://www.unilex.info/cisg/case/478>. Ver también: Oberlandesgericht Saarbrücken, 1 U 69/92, 13 de enero de 1993, en: <http://www.unilex.info/cisg/case/180>; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 10 (Argentina), 56.179, 6 de octubre de 1994, en: <http://www.unilex.info/cisg/case/178>

¹¹¹ Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías...*, ob. cit., pp. 118-119 y 123.

¹¹² Pamboukis, “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods...”, ob. cit., pp. 110-111.

aprobada en Nueva York el 23 de noviembre de 2005¹¹³ y de la que, actualmente, son parte 15 Estados entre los que no se encuentra Venezuela. Se trata de un importante instrumento para “el reconocimiento legal transfronterizo y la interoperabilidad técnica” como elementos fundamentales para facilitar las transacciones electrónicas¹¹⁴.

En tal sentido, la Convención se aplica “...al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados” (art. 1), con exclusión de aquellos “[c]ontratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos” (art. 2.1.a), es decir, de los contratos con consumidores. Siendo el ámbito de aplicación de esta Convención más amplio que el de la Convención de Viena que solo rige para algunos contratos de compraventa, ambas coinciden en la exclusión de las relaciones de consumo.

Ahora bien, tal como destaca Castellani, la Convención funciona en torno a los conceptos de “comunicación” y “electrónica”¹¹⁵. La expresión “comunicación” es definida por el artículo 4.a de la Convención como toda “exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato”. Este concepto, según afirma Castellani funciona tanto para incluir comunicaciones en fase precontractual como en fase contractual, así como también para incluir intercambios que se dan exclusivamente a través de medios electrónicos como aquellos que se combinan con comunicaciones en el mundo real¹¹⁶.

El otro concepto fundamental de la Convención es el adjetivo “electrónico” que, aplicado a la comunicación, conduce a entender que se trata de aquellas “que las partes hagan por medio de mensajes de datos” (art. 4.b), es decir, “la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (art. 4.c). En todo caso, equiparar el valor de la comunicación electrónica al de la comunicación tradicional pasa por la aceptación del conocido principio de equivalencia funcional¹¹⁷, de manera que, tal como lo indica el artículo 8.1 de la propia Convención, “[n]o se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”. Precisamente este principio —también consagrado en el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas¹¹⁸— permitiría que la comunicación entre las partes, antes, durante y después de la celebración del contrato, pueda verificarse mediante el intercambio de mensajes de texto, incluidas, desde luego, oferta y

¹¹³ <https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electroniccommunications>

¹¹⁴ Luca G. Castellani, “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, No. 29 (2015), pp. 75 ss., especialmente p. 78.

¹¹⁵ Castellani, “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas...”, ob. cit., p. 80.

¹¹⁶ Castellani, “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones...”, ob. cit., p. 80.

¹¹⁷ Este principio fue expresamente reconocido por primera vez en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996. Así, en virtud del artículo 5 de este instrumento, “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Ver texto de la Ley Modelo en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453SEbook.pdf>

¹¹⁸ Gaceta Oficial No. 37.148, 28 de febrero de 2001.

aceptación, pues “[e]n la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos” (art. 15 Ley de Mensaje de Datos).

Finalmente, conviene tener en cuenta que el artículo 20.1 de la Convención sobre comunicaciones electrónicas reconoce que sus reglas “serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que le sea aplicable”, entre otros tratados, la Convención de Viena. Esta norma tiene por efecto extender, a la Convención de Viena, “los principios de neutralidad tecnológica, no discriminación contra el uso de información electrónica y equivalencia funcional en los que se basan los textos de la CNUDMI sobre comercio electrónico”¹¹⁹.

Por tal razón, cuando el artículo 13 de la Convención de Viena establece que “la expresión ‘por escrito’ comprende el telegrama y el télex”, una interpretación que responda al carácter internacional de la Convención, a la necesidad de mantener la uniformidad en la interpretación y la buena fe en el comercio internacional (art. 7), nos conduce a extender esta calificación a los medios electrónicos¹²⁰ y, por ende, a la aplicación de la Convención sobre comunicaciones electrónicas.

B. Obligaciones de las partes y transmisión del riesgo: los Incoterms

Cuando nos referimos a los deberes y derechos de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías parece ineludible una referencia a los *International Commercial Terms*, conocidos como Incoterms. Los Incoterms son “un conjunto de acrónimos que, con vocación uniformadora, concretan con claridad el significado de los principales términos usados en los contratos de compraventa internacional de mercaderías”¹²¹.

Su sistematización está en manos de la ICC que, buscando aliviar los problemas derivados de las diferencias terminológicas entre los distintos sistemas, se propuso unificarlos y estructurarlos en un cuerpo único, cuya primera versión, luego de múltiples discusiones en torno a su interpretación, se publicó en 1936¹²². Esta primera versión ha sido periódicamente revisada y publicada en 1953, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 y 2020¹²³. Esta última versión, según afirma Piltz, no constituye una revolución, sino una evolución que adapta versiones previas a los actuales

¹¹⁹ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 111.

¹²⁰ En el mismo sentido: Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts...*, ob. cit., pp. 458-459.

¹²¹ Carlos Esplugues Mota, “Capítulo 9. Compraventa internacional de mercaderías: los INCOTERMS 2020”, en: C. Esplugues Mota y C. Madrid Martínez (eds.), *Derecho del comercio internacional colombiano* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2022), pp. 265 ss., especialmente p. 268.

¹²² Conviene tomar en consideración que, antes de los trabajos de la ICC, algunos de estos términos fueron reconocidos en la Bills of Lading Act de 1855 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/18-19/111/contents/enacted>), en la cual se utilizaron términos como “laden on board”. Ver: Misericordia Cavaller Vergés, *El valor jurídico de los Incoterms® en el contrato de compraventa internacional de mercaderías: Ley aplicable y competencia judicial internacional* (Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas), (Barcelona: Facultat de Dret, Universitat de Barcelona, 2019), disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/668111/MCV_TESIS.pdf, p. 67.

¹²³ Ver, respecto de esta evolución, Wilfried Müller und Udo Steinmetz, *Internationale Handelsklauseln. Struktur und Einsatz am Beispiel der Incoterms® 2020* (Wiesbaden: Springer Gabler, 2020), pp. 26-29.

desarrollos y necesidades de la práctica comercial, reestructurando, complementando y racionalizando las reglas y haciéndolas mucho más claras que antes¹²⁴.

Los Incoterms tienen una aplicación eminentemente voluntaria, tanto que suelen ser referidos como cláusulas contractuales¹²⁵. Por tal razón, tal como hemos expresado en otras oportunidades¹²⁶, el juez suele asumirlos como parte de la manifestación de voluntad de los contratantes y aplicarlos debido a que “el contrato es Ley entre las partes” (art. 1160 CCV), es decir, como una manifestación de la autonomía material mediante la cual las partes incorporan estos términos al contrato y cuyo carácter vinculante deriva de ser parte del contrato¹²⁷.

Los Incoterms, en definitiva, tienen naturaleza facultativa y, por ello, además de depender de la voluntad de las partes, esa misma voluntad puede modificar o alterar su significado y alcance. Esta posibilidad, también lo reconoce Esplugues Mota, “afectará directa, y muy negativamente, a la función unificadora que los Incoterms cumplen”¹²⁸.

Cierto es que su uso generalizado podría conducirnos a pensar en su calificación como usos del comercio internacional, por ser ampliamente conocidos y regularmente observados. Sin embargo, las diferencias entre uno y otro término, en relación con sus características y efectos, hacen necesaria la manifestación expresa de las partes¹²⁹.

Así, en el marco de la Convención de Viena, la intervención de los Incoterms debe mirarse bajo el prisma del artículo 6, y la fuerza de la voluntad para desplazar algunas de las disposiciones de la Convención y aplicar en su lugar alguno de los Incoterms. La Guía Tripartita reafirma que la elección de un Incoterm no implica el desplazamiento total de la Convención de Viena, sino que solo constituyen una excepción a algunas de sus normas, en particular respecto de la entrega, la transmisión del riesgo y el pago¹³⁰.

¹²⁴ Burghard Piltz, “Incoterms® 2020”, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, Vol. 2, br. 1 (2020), pp. 9 ss., especialmente p. 10.

¹²⁵ Müller und Steinmetz, *Internationale Handelsklauseln...*, ob. cit., p. 19. “*In essence, the Incoterms® 2020 rules are not themselves a contract of sale: they only become part of that contract when they are incorporated into a contract which already exists*”. International Chamber of Commerce (ICC), *Incoterms® 2020. ICC rules for the use of domestic and international trade terms* (Paris: ICC, 2019), p. 9.

¹²⁶ Es la opinión que hemos sostenido en: Claudia Madrid Martínez y José Rafael Bermúdez, Usos y costumbres: más allá del arbitraje y la *Lex mercatoria*, en: A. Uzcátegui y J. Rodríguez (coords.), *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), Vol. I (Temas generales de Derecho Mercantil), pp. 285 ss., especialmente p. 330.

¹²⁷ Para ver ejemplos de este planteamiento, basta introducir expresiones como CIF o FOB en el buscador de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. Aparecen allí un buen número de decisiones en las que se mencionan y atienden sin analizar su fuerza vinculante, simplemente asumiéndolos como parte de la voluntad de las partes expresada en el contrato.

¹²⁸ Esplugues Mota, “Capítulo 9. Compraventa internacional de mercaderías: los INCOTERMS 2020...”, ob. cit., p. 268.

¹²⁹ La Guía jurídica sobre instrumentos uniformes admite que los Incoterms “se han considerado tanto usos y prácticas establecidas entre las partes como usos del comercio”. CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 43.

¹³⁰ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., pp. 43, 49, 61.

Para entender mejor esta relación, resulta de particular importancia la introducción a los Incoterms 2020, en la cual se indica con toda claridad lo que hacen y lo que no hacen los Incoterms¹³¹. Así, los Incoterms describen tres aspectos: obligaciones, riesgos y costos. Respecto de las obligaciones, estos describen los deberes del vendedor y del comprador indicando, por ejemplo, quien se ocupa de organizar el transporte o el seguro de las mercaderías, quién consigue los documentos de embarque o las licencias de importación o exportación. Respecto del riesgo, se dispone dónde y cuándo este se transmite; y, finalmente, se indican los costos de los cuales es responsable cada parte, respecto del transporte, el embalaje, la carga o descarga y los vinculados a las comprobaciones y a la seguridad.

En cuanto a lo que no hacen los Incoterms, la Introducción a la versión 2020 empieza por aclarar que los Incoterms no suplen el contenido del contrato¹³². Ellos no contienen regulación respecto de la existencia del contrato de compraventa; las especificaciones de las mercaderías vendidas; el tiempo, lugar, método o divisa del pago del precio; los remedios procedentes ante el incumplimiento del contrato; la mayoría de los efectos del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento; el efecto de las sanciones; la imposición de aranceles; las prohibiciones de exportaciones o importaciones; la fuerza mayor y la excesiva onerosidad; los derechos de propiedad intelectual; lo relativo a la resolución del contrato por incumplimiento; y todo lo que tiene que ver con la transferencia de la propiedad sobre las mercaderías.

Por otra parte, a partir de los Incoterms sí se obtienen respuestas detalladas a algunas situaciones que no han sido reguladas por la Convención de Viena, por ejemplo, la determinación de quien tiene a cargo contratar el transporte o el seguro de las mercaderías; o que solo lo han sido de manera genérica, como ocurre con los gastos de entrega que, solo a partir de los principios de la Convención se entienden a cargo del vendedor, salvo, acuerdo en contrario.

Como puede notarse, la relación de los Incoterms con la Convención de Viena es una relación armónica, pues la elección de uno de estos términos solo desplaza algunas disposiciones de la Convención, con lo cual el término elegido se integra a ella respecto de la regulación de ese contrato en particular. De hecho, la elección de un Incoterm respecto de un contrato regido por la Convención de Viena luce recomendable para tener mayor precisión respecto de las obligaciones de las partes, situación especialmente apreciable en el comercio internacional, donde estas no suelen tener conocimiento previo la una respecto de la otra.

C. El pago del precio

El pago del precio, junto con la recepción de las mercaderías, constituyen las obligaciones del comprador en el marco de la Convención de Viena (art. 53). Al definir la obligación de pagar el precio, el artículo 54 de la Convención dispone que esta comprende “adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago”, lo cual da a entender que el pago no se hará necesariamente —y ello es lo más frecuente— con la entrega de especies monetarias en efectivo. Lo común es que las partes pacten medios de pago distintos del dinero, entendidos estos como vehículos o instrumentos que

¹³¹ ICC, *Incoterms*® 2020..., ob. cit., pp. 8-9.

¹³² “*The Incoterms*® rules are NOT in themselves—and are therefore no substitute for—a contract of sale”.

transmiten un valor representativo de dinero y cuya transmisión tiene la potencialidad de extinguir las obligaciones¹³³.

En Venezuela, la Ley del Banco Central¹³⁴ reconoce la función del dinero como medio de pago y la posibilidad de que las partes pacten otro medio. Así, el artículo 116 de este instrumento legal establece que, aunque “[l]as monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada...”, las partes tienen el “...derecho de estipular modos especiales de pago”.

Bien, debido a los riesgos propios de la compraventa internacional y que ella suele involucrar intereses contrapuestos de las partes, parece necesario que estas determinen expresamente el medio de pago¹³⁵. Tengamos en cuenta que, para el vendedor, el pago anticipado resulta preferible, pues este cumplirá con su prestación solo cuando el adquirente haya pagado el precio pactado en el contrato, transmitiendo así el riesgo económico de un eventual incumplimiento. El comprador preferirá, por el contrario, el pago posterior, pues de esta manera el riesgo recaerá sobre el vendedor¹³⁶.

Además, al momento de la elección del medio de pago se contraponen dos valores: la agilidad y la seguridad, ambos acompañados de un menor o mayor costo para las partes. Considerando estos criterios, Carrascosa González ofrece un ejemplo útil para nuestro trabajo: la seguridad total del medio de pago se alcanza cuando el momento del pago de la mercadería es anterior a la recepción o expedición de la misma. Presenta un grado medio cuando la entrega de la mercadería y el pago del precio son simultáneos —como ocurre en los medios de pago documentarios. Finalmente, cuando el pago del precio se verifica en un momento posterior a la entrega de la mercancía, el grado de seguridad del pago es mínimo¹³⁷.

¹³³ Claudia Madrid Martínez, *Medios electrónicos del pago en el comercio internacional* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018), p. 78.

¹³⁴ Gaceta Oficial No. 6.211 extraordinario, 30 de diciembre de 2015.

¹³⁵ Obviando cualquier otra posibilidad, Pardo Lidón se refiere directamente a la compraventa internacional y a los riesgos que la misma presenta y hacen necesario que las partes determinen expresamente el medio de pago. Ver: Francisco José Pardo Lidón, *Medios de cobro y pago en el comercio internacional* (Alicante: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2004), pp. 20- 21.

¹³⁶ Francesco Galgano e Fabrizio Marrella, *Diritto del Commercio Internazionale* (Padova: CEDAM, 3ª ed. interamente riveduta ed aggiornata, 2011), p. 547. Para resolver este dilema, a la hora de elegir el medio de pago, las partes toman en consideración criterios relativos a la solvencia y la situación financiera de cada una; la existencia de relaciones negociales previas; la confianza comercial y la buena fe; el poder de negociación de las partes y la posibilidad que pueda tener una de las partes para imponer un determinado medio de pago a la otra; el comportamiento del mercado; las necesidades de financiamiento; los requerimientos exigibles a las mercaderías o servicios, o a los documentos para la realización del pago; el riesgo país; el monto de la operación; la distancia entre los contratantes y su consecuente falta de reciprocidad; la mutua ignorancia de los respectivos ordenamientos jurídicos; y los costos del medio de pago y la agilidad de su tramitación, entre otros. Ver: Claudia Madrid Martínez, “Capítulo 14. Medios de pago internacionales”, en: C. Esplugues Mota y C. Madrid Martínez (eds.), *Derecho del comercio internacional colombiano* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2022), pp. 385 ss., especialmente pp. 385-386.

¹³⁷ Javier Carrascosa González, “Medios de pago internacionales”, en: A. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara (dirs.); P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Contratos internacionales* (Madrid: Tecnos, 1997), pp. 732 ss., especialmente p. 734.

Bien, cuando las partes buscan garantías mutuas es común recurrir al crédito documentario —“...*the lifeblood of international commerce*...”¹³⁸— y este trae al escenario de la compraventa internacional su propia regulación producto de los trabajos de la ICC, mediante una de sus comisiones, la *ICC Banking Commission*, “...*the most authoritative voice in the field of trade finance*...”¹³⁹. El desplazamiento de la tarea reguladora hacia la ICC se produjo a mediados de los años veinte cuando, con la idea de evitar los riesgos de la proliferación de reglas elaboradas por las asociaciones bancarias nacionales¹⁴⁰, la Comisión empezó a combinar las recopilaciones de los usos y principios más extendidos en la práctica bancaria internacional con el desarrollo de nuevas normas más adaptadas a la materia regulada¹⁴¹.

Sin duda, la obra maestra de la *ICC Banking Commission* está constituida por las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios, cuya primera versión fue aprobada en Ámsterdam en 1929¹⁴². La segunda versión fue presentada en el Congreso de Viena de 1933¹⁴³; y la tercera en el Congreso de París en 1962. Allí, con la adhesión de Gran Bretaña y los Estados de la *Commonwealth*¹⁴⁴, empezó a admitirse el carácter universal de estas reglas, que fueron aceptadas por más de 120 asociaciones bancarias de distintos países. Las reglas fueron posteriormente modificadas en 1974, 1983, 1994 y 2007 y con cada revisión se ha ampliado su ámbito territorial de aplicación voluntaria¹⁴⁵.

¹³⁸ Emmanuel T. Laryea, “Payment for paperless trade: are there viable alternatives to the documentary credit?”, *Law and Policy Business*, No. 33 (2001/2002), pp. 3 ss., especialmente pp. 3-4 y las decisiones allí citadas.

¹³⁹ <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/banking/>

¹⁴⁰ Jean Stoufflet, « L'œuvre normative de la Chambre de Commerce Internationale dans le domaine bancaire », en : P. Fouchard, Ph. Kahn et A. Lyon-Caen (eds.), *Le Droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman* (Paris : Litec, 1982), pp. 361 ss., especialmente p. 362.

¹⁴¹ Miguel Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional* (Madrid: Eurolex, Beramar, 1994), Colección Estudios Internacionales, IV, p. 48.

¹⁴² Esta versión solo fue adoptada por las asociaciones bancarias de Francia y Bélgica.

¹⁴³ Según afirma la doctrina, la falta de adhesión del Reino Unido y del Commonwealth fueron el gran obstáculo de esta versión. Por ello, a partir de 1953, con la principal preocupación de la ICC de conseguir la adhesión de Gran Bretaña, se asumieron muchas de las sugerencias de la delegación inglesa y se cambió el idioma oficial del francés al inglés. Ver: Ana María Puyo Arluciaga, “Las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios (Versión de 1993)”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, No. 10 (2002), pp. 193 ss., especialmente p. 197.

¹⁴⁴ “Modificando su propuesta inicial, los bancos del Reino Unido cedieron respecto a la oposición de principio que siempre habían mantenido frente a la codificación de los usos y como contrapartida se aceptó la inclusión en las Reglas y Usos Uniformes de ciertos principios de la llamada ‘práctica londinense’”. Ver: Boris Kozolchyk, *El crédito documentario en el Derecho americano. Un estudio comparativo* (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1973), p. 128.

¹⁴⁵ Ver: ICC, *Commentary on UCP 600, Article-by-article analysis by the UCP 600 Drafting Group*, Paris, ICC Services, Publication Department, ICC Publication No. 680, 2007. Esta versión tiene 39 artículos, referidos a su ámbito de aplicación; definiciones e interpretaciones; créditos frente a contratos; documentos frente a mercancías, servicios o prestaciones; disponibilidad; fecha de vencimiento y lugar de presentación; compromisos del banco emisor; compromisos del banco confirmador; notificación de créditos y modificaciones; créditos y modificaciones teletransmitidos y preavisados; acuerdos de reembolso entre bancos; normas para el examen de los documentos; presentación conforme; documentos discrepantes; renuncia y notificación; documentos originales y copias; factura comercial; documentos de transporte; documentos de seguro y cobertura; ampliación de la fecha de vencimiento o del último día de presentación; tolerancias en el importe del crédito, la cantidad y los precios unitarios; utilidades o expediciones parciales o fraccionadas; horario de presentación; exoneración de la efectividad de los documentos o de su transmisión y traducción; fuerza mayor; exoneración de actos de terceros intervinientes; créditos transferibles y cesión del producto.

Desde 1962, estas reglas han contado con el apoyo de UNCITRAL. Este organismo ha actuado como cauce de comunicación con los Estados y las entidades bancarias y comerciales no representadas en la ICC, circulando cuestionarios que han contribuido en los trabajos de revisión y que han servido para considerar, en esas revisiones, el parecer de los Estados. UNCITRAL además ha recomendado expresamente, desde 1962, el empleo de las Reglas, lo cual conduce a un implícito reconocimiento de su carácter contractual, pues la UNCITRAL solo suele instar a las partes a incorporarlas en el contrato¹⁴⁶.

Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios han sido reconocidos como reglas y costumbres de origen privado, pero de un alcance tan amplio —“...*may even be called absolute*...”— que los bancos generalmente rehúsan verse envueltos en estas transacciones conforme a reglas diferentes y ese uso continuado en negocios internacionales y en la formación profesional de comerciantes y banqueros las ha transformado gradualmente en costumbre, en el curso de una o dos generaciones¹⁴⁷. Sin embargo, jurisprudencialmente su tratamiento ha sido diverso y va desde su consideración como simple cláusula contractual dependiente de la voluntad de las partes, hasta su calificación como un componente de la *Lex mercatoria*, con las consecuencias que de ello pueden derivarse.

Es este último el caso de Venezuela. En efecto, además de las ya comentadas normas contenidas en la Convención de México (arts. 9 y 10) y en la Ley de Derecho Internacional Privado (arts. 30 y 31), el artículo 58.1 primer aparte de la Ley de Instituciones del Sector Bancario¹⁴⁸ dispone que “...las instituciones bancarias, podrán emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, **de acuerdo con los usos internacionales** y en general canalizar operaciones de comercio exterior, en cumplimiento de las normas establecidas por el Banco Central de Venezuela” (resaltado nuestro).

Sin citar este artículo, sino más bien fundamentándose en los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la ya citada decisión tomada 2014 por el Tribunal Supremo de Justicia, admitió la aplicación de la *Lex mercatoria* en materia bancaria¹⁴⁹. Se trató de un recurso de casación ejercido contra la sentencia dictada por un tribunal de instancia en la cual se declaró sin lugar la demanda por cobro de bolívares intentada por la sociedad mercantil Banque Artesia Nederland, N.V. contra Corp Banca, Banco Universal C.A., por falta de aplicación de las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, emitidos por la ICC, en su publicación UCP500 de 1993.

¹⁴⁶ La UNCITRAL “...Recomienda que se utilice la versión revisada de 2007, cuando proceda, en las operaciones en que se establezca un crédito documentario”. En: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 42º Período de Sesiones, Nueva York, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/64/17), p. 76. También en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/856/37/PDF/V0985637.pdf?OpenElement>. Ver también: Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional...*, ob. cit., p. 51.

¹⁴⁷ Basedow se refiere expresamente a “*Privately generated custom and rule-making*”. Ver: Jürgen Basedow, “The State’s Private Law and the economy. Commercial Law as an amalgam of public and private rule-making”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3 (2008), pp. 703 ss., pp. 709-710.

¹⁴⁸ Gaceta Oficial No. 6.154 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014. Reimpresa por error material, publicada en Gaceta Oficial No. 40.557, 8 de diciembre de 2014.

¹⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014 (*Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html>

En criterio de la Sala, de conformidad con la Ley de Derecho internacional privado, “...queda claro, que, ante una eventual controversia, cuando se trata de un contrato internacional, a falta de la elección de las partes o cuando ésta resultare ineficaz, debe el juzgador aplicar ‘...cuando corresponda...’, (esto es, de acuerdo con el caso concreto); la *lex mercatoria*, en la cual se incluyen los usos, costumbres y prácticas comerciales de general aceptación internacional”. Por tal razón, la Sala concluye que, al haberse negado aplicación a las Reglas emitidas por la ICC en materia de créditos documentarios, además de falta de aplicación de las mismas, calificadas como expresiones de la *Lex mercatoria*, tampoco se dio debida aplicación a los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Razón por la cual “...necesariamente se declara con lugar la falta de aplicación delatada”.

Aunque la Guía Tripartida no refiere expresamente el recurso a las reglas de la ICC en materia de crédito documentario, no obstante, hace referencia a la “compraventa documentaria en que la obligación del vendedor es entregar los documentos que representan el derecho de propiedad de las mercaderías y que se necesitan para reclamarlas o disponer de ellas”. No se excluye, por supuesto, que la entrega haya de hacerse al banco para que este libere el crédito y el precio llegue a manos del vendedor, mediante el acuerdo de las partes para la emisión de un crédito documentario. Aunque esto excede los límites de este trabajo, no olvidemos que el crédito documentario es, en sí mismo, un nuevo contrato, conexo al de compraventa¹⁵⁰, y que nace para cumplir una obligación derivada de él.

D. De nuevo sobre las lagunas del contrato: los Principios UNIDROIT

“*It is no exaggeration to speak of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, published in June 1994, as constituting a totally new approach to international trade law. In fact, they do not fit into any of the traditional categories of legal instruments that have up to now been prepared on an international level*”¹⁵¹. Así presentaba Bonell, en abril de 1995, a los recién publicados Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales¹⁵². Estos Principios serían revisados en 2004, 2010 y 2016.

En opinión de Michaels, los Principios UNIDROIT forman parte de una tercera etapa de la *Lex mercatoria*, en la cual se la califica como “nueva nueva *lex mercatoria*”, y que supone el movimiento de un *Soft Law* amorfo y flexible a un sistema de Derecho con reglas legales codificadas y fuertemente institucionalizadas a través del arbitraje¹⁵³. En efecto, destacando la importancia de los Principios para el arbitraje, la propia jurisprudencia arbitral ha admitido que ellos son una fuente confiable de Derecho comercial internacional en el arbitraje internacional porque contienen, en esencia, una reafirmación de los “*principes directeurs*” que han gozado de

¹⁵⁰ Claudia Madrid Martínez, “Determinación del derecho aplicable a las relaciones derivadas del funcionamiento de los medios electrónicos de pago: entre el principio de relatividad y los contratos conexos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* No. 8 (2018).

¹⁵¹ Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, *Tulane Law Review*, Vol. 69, No. 5 (1995), pp. 1121 ss., especialmente p. 1122.

¹⁵² <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>

¹⁵³ Ralf Michaels, “The true *lex mercatoria*: Law beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, No. 2 (2007), pp. 447 ss., especialmente pp. 447-448.

aceptación universal y, además, están en el corazón de aquellas nociones más fundamentales que han sido aplicadas consistentemente en la práctica arbitral¹⁵⁴.

Los Principios UNIDROIT constituyen una especie de estado del arte en materia de Derecho de los contratos. Su objetivo —según se lee en la Guía Tripartita— “es ofrecer un conjunto de normas que se adecúen mejor a las operaciones transfronterizas que las leyes nacionales en materia de contratos”¹⁵⁵. Concebir a los Principios UNIDROIT como la regulación adecuada para los contratos internacionales, nos recuerda la tesis sostenida por Jünger durante las discusiones de la Convención de México, en particular, la posibilidad de que el juez, en el proceso de determinación del Derecho más vinculado al contrato, recurra a “...los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. En opinión de Jünger, tal expresión estaba referida, precisamente, a los Principios UNIDROIT como una codificación supranacional de Derecho contractual que debía ser preferida a la posibilidad de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad¹⁵⁶.

Sin embargo, también es cierto que este valor les ha sido reconocido, fundamentalmente, por la doctrina pues la jurisprudencia, en general, no parece darles este lugar¹⁵⁷. Incluso en Venezuela, donde se admite, como hemos afirmado, el recurso a las diversas manifestaciones de la *Lex mercatoria*, incluso en sede judicial, su reconocimiento ha sido precario. En efecto, en materia de contratación internacional —tal como afirmamos *supra*—, solo se les ha tenido en cuenta para calificar la internacionalidad del contrato¹⁵⁸. Ello, a pesar de que se les ha reconocido como expresiones de “las modernas tendencias que informan los principios de la contratación comercial”¹⁵⁹.

¹⁵⁴ ICC Award No. 9797/CK/AER/ACS, 28 de julio de 2000, *Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*. Ver: Bonell, Michael Joachim, A “Global” arbitration decided on the basis of the UNIDROIT Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative, en: *Arbitration International*, Vol. 17, Issue 3 (2001), pp. 249 ss.

¹⁵⁵ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 84.

¹⁵⁶ Jünger citado en Gonzalo Parra Aranguren, “La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 130 (1995), pp. 97 ss., especialmente p. 145.

¹⁵⁷ “Aside from the fact that in some jurisdictions the UNIDROIT Principles are cited by some courts while they are simply ignored in others, there is a significant weight of scholarly opinion regarding the Principles as a sort of ‘general consensus’ of contract law shared by most Western legal systems, a sort of ‘common frame of reference on the law of contracts’ or ‘global background law’ that may substantiate or support the interpretation of the domestic law of contracts, especially with regard to issues on which most legal systems tend to agree but remain subject to different perspectives”. Ver: Alejandro Garro and José A. Moreno Rodríguez, “The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws”, en: A. Garro, J. Moreno (eds.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law* (Cham: Springer, Ius Comparatum, Global Studies in Comparative Law, 2021), Vol. 51, pp. 1 ss., especialmente p. 3.

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, (*Embotelladora Caracas et al. v. Pepsi Cola Panamericana S.A.*), en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 109 (1998), pp. 150 ss.

¹⁵⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0176, 20 de mayo de 2010 (*Rafael Alfonso Sotillo vs. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al.*), in: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc.000176-20510-2010-06-451.html>

En todo caso, tres son los criterios que, de conformidad con la Guía Tripartita, caracterizan a los Principios UNIDROIT. El primero tiene que ver con el hecho de que los Principios brindan una normativa neutral, distinta de la proporcionada por el Derecho de los contratos de los Estados; en segundo lugar, los principios están pensados para el comercio internacional y, por ello, se adecúan mejor a él; y, finalmente, los Principios son multilingües lo cual recude, hemos de añadir, los riesgos propios del recurso a un idioma ajeno a las partes¹⁶⁰.

Bien, si conjugamos la ya descrita regulación del Derecho internacional privado venezolano con el Preámbulo de los Principios UNIDROIT podemos concluir que estos pueden aplicarse cuando las partes los elijan para regir su contrato; en ausencia de elección por las partes, como Derecho más vinculado al contrato o para llegar a este; para complementar el Derecho estatal elegido por las partes o determinado por el juez¹⁶¹; y, finalmente, para complementar un instrumento internacional que, como la Convención de Viena, resulte aplicable al contrato¹⁶².

Así, cuando la Guía hace referencia a las relaciones entre la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, empieza por distinguir tres aspectos que los separan. En primer lugar, mientras la Convención tiene el estatus de tratado, de *Hard Law*, los Principios están más bien en el terreno del *Soft Law*; en segundo lugar, los separa su ámbito de aplicación, pues mientras los Principios UNIDROIT se aplican a todo tipo de contrato comercial internacional, la Convención se limita a la compraventa internacional de mercaderías entre partes con establecimiento en Estados diferentes. Finalmente, respecto de las materias reguladas, mientras los Principios recogen una especie de teoría general del contrato, la Convención se limita a regular la formación del contrato y las obligaciones de las partes¹⁶³.

La Guía también analiza las formas en las que los Principios pueden ser aplicados y que, de manera general, coinciden con la visión que tiene el Derecho internacional privado venezolano de la *Lex mercatoria*. Así, se aplicará de manera directa cuando sean elegidos por las partes, a lo que nosotros añadimos la posibilidad de que sean aplicados por el juez o el árbitro por considerarlos expresión del sistema más vinculado al contrato. También pueden ser aplicados indirectamente y es, en este sentido, en el que se reafirman sus relaciones con la Convención de Viena. En efecto, desde el Preámbulo de los Principios se les reconoce como un importante instrumento para la interpretación y complementación de lagunas de tratados internacionales.

Esta declaración del Preámbulo está estrechamente vinculada con el ya comentado artículo 7 de la Convención de Viena, de manera que la consideración del carácter internacional de la Convención a los efectos de su interpretación —tal como afirmamos *supra*— supone la

¹⁶⁰ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 84.

¹⁶¹ Sobre esta función, ver: Claudia Madrid Martínez, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, en: C. Madrid (ed.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), pp. 333 ss.

¹⁶² Las funciones de los Principios UNIDROIT fueron en detalle explicadas en: Tatiana B. de Maekelt, “Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda* (Mérida: Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, 2005), Tomo I, Derecho internacional privado, pp. 209 ss.

¹⁶³ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 86.

consideración de los Principios UNIDROIT (art. 7.1). Lo mismo ocurre con la integración de las lagunas de la Convención, pues ambos instrumentos, "...se inspiran en gran medida en las mismas fuentes, y al menos algunas de las normas contenidas en los Principios UNIDROIT son reafirmaciones de algunos de los principios generales de Derecho mercantil internacional en los que se basa la CIM, entre otros instrumentos"¹⁶⁴.

Esta idea se materializa en las cláusulas modelo recomendadas por UNIDROIT, en particular las referidas a los contratos respecto de los cuales las partes han elegido la Convención de Viena. UNIDROIT recomienda, para este caso, dos modelos en función de que la controversia sea futura o ya se haya planteado. Así, se sugiere: "El presente contrato se regirá por [Esta controversia será decidida de conformidad con] la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG) interpretada e integrada por los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2016)"¹⁶⁵.

El mismo efecto se conseguiría, en aplicación del artículo 1.1.b de la Convención, de producirse la elección del Derecho de un Estado parte, acompañado de los Principios como fuente de interpretación e integración de ese Derecho. No obstante, si el caso ha de presentarse en un Estado no parte, lo recomendable —reiteramos— es la fórmula sugerida por UNIDROIT, para no dar oportunidad al operador jurídico de dejar de lado la Convención.

En definitiva, una cláusula semejante sería de gran utilidad para el juez o el árbitro. Recordemos que la limitación de la Convención de Viena a la regulación de muy pocos aspectos del contrato de compraventa —formación del contrato y obligaciones de las partes— facilita que el operador jurídico se enfrente a lagunas. Pensemos en temas como la representación o la validez del contrato. Recordemos además que, para ser coherentes con el espíritu de la Convención y actuar conforme a su objetivo unificador, hemos de evitar llenar esas lagunas con las concepciones de nuestro propio sistema. Así, los Principios UNIDROIT, por sus ya mencionadas características, lucen como el instrumento idóneo para adelantar esta tarea.

CONCLUSIONES

Como un fenómeno jurídico complejo, el contrato de compraventa internacional de mercaderías entre partes con establecimiento en Estados diferentes convoca, por esa complejidad, una serie de instrumentos de *Hard Law* y *Soft Law*, que utilizan tanto el método material como el método conflictual. Ello obliga al operador jurídico a delimitar, con precisión, el lugar que ocupa cada fuente frente al contrato. En esta tarea, resulta indispensable la comprensión de la Convención de Viena, su naturaleza, su ámbito de aplicación y las materias objeto de su regulación.

No cabe duda de que, con 80 años, la Convención sigue siendo un importante referente en el comercio internacional para la regulación material del perfeccionamiento y las obligaciones de

¹⁶⁴ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales...*, ob. cit., p. 87 y 92.

¹⁶⁵ UNIDROIT, *Cláusulas modelo para el uso de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, UNIDROIT, 2013, p. 17-20.

las partes en los contratos de compraventa internacional. Tampoco desconocemos que aun hoy, sin ratificación, nuestro sistema admitiría que nuestros jueces puedan aplicarla.

Sin embargo, no queremos terminar estas líneas, sin insistir en la necesidad de que Venezuela, que ya cuenta con un Derecho conflictual de los contratos internacionales adaptado a los más modernos desarrollos sobre la materia, se ponga al día en la regulación material y ratifique la Convención de Viena. No dudamos de que de su ratificación derivarán más beneficios que males, sobre todo pensando al contrato como un motor de la economía, por un lado, y por otro, en la tarea de reconstrucción del país que tenemos por delante.

BIBLIOGRAFÍA

Alejandro Garro y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías* (Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1990).

Bucher, Andreas, “La dimension sociale du Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 341 (2009).

Christophe Bernasconi, “The personal and territorial scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)”, *Netherlands International Law Review*, No. 46 (1999).

Claudia Madrid Martínez y José Rafael Bermúdez, Usos y costumbres: más allá del arbitraje y la *Lex mercatoria*, en: A. Uzcátegui y J. Rodríguez (coords.), *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), Vol. I (Temas generales de Derecho Mercantil).

Claudia Madrid Martínez, “Determinación del derecho aplicable a las relaciones derivadas del funcionamiento de los medios electrónicos de pago: entre el principio de relatividad y los contratos conexos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* No. 8 (2018).

Claudia Madrid Martínez, “Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods”, en: I. de Aguilar Vieira and G. Cerqueira, *The Vienna Convention in America. 40th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Paris: Société de Législation Comparée, 2020).

Claudia Madrid Martínez, “El rol de las normas imperativas en la contratación internacional contemporánea”, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), Tomo I.

Claudia Madrid Martínez, “La contratación internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Una mirada desde los sistemas latinoamericanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de una Universidad Católica Andrés Bello*, No. 74 (2019-2020).

- Claudia Madrid Martínez, “Notas sobre la *Lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos”, en: J. Moreno y D. Fernández (coords.), *Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano* (Asunción: CEDEP, ASADIP, 2013).
- Claudia Madrid Martínez, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, en: C. Madrid (ed.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012).
- Claudia Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho internacional privado colombiano. Perspectiva comparada* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, Ediciones UNAULA, 2021).
- Claudia Madrid Martínez, *Medios electrónicos del pago en el comercio internacional* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales con énfasis en la compraventa* (Viena: Naciones Unidas, 2021).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1971.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, (*Embotelladora Caracas et al. v. Pepsi Cola Panamericana S.A.*), en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 109 (1998).
- Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho civil III* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), Tomo I.
- Eugenio Hernández-Bretón, “Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 71 (1988).
- Eugenio Hernández-Bretón, “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, No. 17 (2005).
- Eugenio Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007).

- Fabiola Romero, “Derecho aplicable al contrato internacional”, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), Tomo I.
- Fabricio Mantilla Espinosa, “La compraventa internacional de mercaderías”, en: L.V. García Matamoros y A.A. Aljure Salame (eds.), *Estudios contemporáneos de Derecho internacional privado* (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016).
- Franco Ferrari et al., *Internationales Vertragsrechts. Rom I-VO. CISG. CMR. FactÜ* (München: Verlag C.H. Beck, 2012).
- Franco Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías* (Trad. M. Anderson y L. Bairati) (Barcelona: Editorial Bosch, 2009)
- Gerhard Kegel und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht* (München: Verlag C.H. Beck, 9ª ed., (2004).
- Hélène Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en Droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). Cours général », *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 312, (2005).
- Johan Meeusen, « Le Droit international privé et le principe de non-discrimination », *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Vol. 353, (2012).
- José Alfredo Giral Pimentel, *El contrato internacional* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999), Colección Estudios Jurídicos No. 71.
- Juzgado segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y el Estado Miranda, Sentencia N° 56-1, 12/03/1970, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1970, T. XVIII.
- Juzgado Segundo de Primera Instancia Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia 29 de febrero de 1968 (*Isolina Finol Rojas vs. Darvica S.A.*).
- Kurt Siehr, „Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf“, en: H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (Heidelberg, Dordrecht, London, New York: Springer, 2. Auflage, 2010).
- Luca G. Castellani, “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, No. 29 (2015)

Luis Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca, “La compraventa internacional de mercaderías”, en: L. Fernández de la Gándara y A. L. Calvo Caravaca (dirs.), *Contratos internacionales* (Madrid: Tecnos, 1997).

María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho civil III. Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017).

Miguel Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional* (Madrid: Eurolex, Beramar, 1994), Colección Estudios Internacionales, IV.

Petar Šarčević, “Unification and ‘Soft Law’”, en: P. Volken y W Stoffel (dirs), *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization, Mélanges en l’honneur d’Alfred von Overbeck* (Fribourg: Éditions Universitaires, 1990).

Peter Schlechtriem, „Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)“, *Aktuelle Juristische Praxis*, (1992).

Phocion Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en Droit international privé* (Paris: Sirey, 1958).

Quintín Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional* (Montevideo: Ediciones Idea, 1982).

Richard Lombard, *American-Venezuelan private international law* (New York: Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1965), *Bilateral Studies in private international Law* No. 14.

Legislación:

Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998

Gaceta Oficial No. 37.148, 28 de febrero de 2001.

Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

Gaceta Oficial No. 6.211 extraordinario, 30 de diciembre de 2015.

Secretaría de la CNUDMI, “Nota Explicativa acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en: CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, (Naciones Unidas, 2010)