

N °2



Rif-41167976-3

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

EDICIÓN ESPECIAL

“CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS”

COLABORADORES:

Eugenio Hernández-Bretón
Nayibe Chacón Gómez
Daniel Pérez Pereda
Luis Cova Arria
Adriana Vaamonde Marcano
Wilfredo Monsalve García

Claudia Madrid Martínez
Diego Thomás Castagnino
Carlos Domínguez Hernández
Fernando Sanquírigo Pittevil
José Antonio Briceño Laborí

MDIPC

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Caracas, Diciembre, 2022

www.sovedem.com

© **REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL**

Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777

ISBN: 9798530244964

La Revista Venezolana de Derecho Mercantil es una publicación de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela, de carácter científica, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, especializada en el área del derecho mercantil, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua de la Revista.

La Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en esta obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Edición Especial N° 2.

“La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”

Autores invitados. Recepción de artículos: del 01/07/2022 al 19/07/2022

Todos los trabajos fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego

Editores: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, A.C. RIF: J-41167976-3

Web site: www.sovedem.com E-mail: sociedadderechomercantil@gmail.com

La Revista Venezolana de Derecho Mercantil forma parte del Directorio de Latindex y Ulpiano, y es signataria de la Declaración de San Francisco sobre Evaluación de la Investigación (DORA)

Caracas, Venezuela





SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

EDICIÓN ESPECIAL

Nro. II

“LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS”

COLABORADORES:

Eugenio Hernández-Bretón

Nayibe Chacón Gómez

Daniel Pérez Pereda

Luis Cova Arria

Adriana Vaamonde Marcano

Wilfredo Monsalve García

Claudia Madrid Martínez

Diego Tomás Castagnino

Carlos Domínguez Hernández

Fernando Sanquírigo Pittevil

José Antonio Briceño Laborí



MAestrÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Caracas – Venezuela
Diciembre, 2022



Presidente Honorario

Alfredo Morles Hernández (†)

Comité ejecutivo 2022 – 2023

Director General

Mario Bariona G.

Secretaria General

Nayibe Chacón Gómez

Tesorero

Pedro A. Rengel Núñez

Director

Diego Castagnino

Director

Daniel Pérez Pereda

Coordinador Internacional

Carlos Domínguez

**Comité Editorial
de la Revista Venezolana
de Derecho Mercantil**

Director-Editor

Diego Castagnino

Asesor Académico

Kimlen Chang de Negrón

Coordinador

Daniel Pérez Pereda

Sumario

<i>Presentación y agradecimientos</i>	2
Nayibe Chacón Gómez, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda	

ARTÍCULOS

<i>La aplicación de la CIM / CISG, antes y después de su eventual ratificación por parte de Venezuela</i>	6
Eugenio Hernández-Bretón	
<i>Remedios aplicables en caso de incumplimiento del contrato y conceptos reclamables</i>	22
Nayibe Chacón Gómez y Daniel Pérez Pereda	
<i>Relaciones de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con los Incoterms y otros instrumentos de Soft Law</i>	37
Claudia Madrid Martínez	
<i>Las obligaciones del vendedor según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías</i>	76
Carlos Dominguez Hernández y Diego Tomás Castagnino	
<i>La transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercancías del vendedor al comprador</i>	98
Luis Cova Arria	
<i>La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®</i>	110
Fernando Sanquírigo Pittevil	
<i>Finalidad y pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías</i>	141
Adriana Vaamonde Marcano	
<i>Breves consideraciones sobre la elección tácita del Derecho aplicable como vía para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías</i>	157
José Antonio Briceño Laborí	
<i>Obligaciones del comprador en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y medios de pago en el comercio internacional</i>	176
Wilfredo Monsalve García	

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES	216
---------------------------------------	-----

Presentación y Agradecimientos

En 2022 Venezuela cumple más de 40 años de haber firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y todavía se mantiene sin su ratificación.

Por años, académicos se han dedicado a buscar el motivo que justifique la decisión de Venezuela de no haber ratificado la CISG. Sin embargo, la conclusión siempre parece ser la misma, no hay una explicación al menos desde el punto de vista jurídico. Vale decir que no se trata de cualquier tipo de Convención, es nada más y nada menos que la más exitosa en lo referente a esfuerzos de unificación de normas mercantiles, primero, por la cantidad y diversidad de países que la suscribieron y ratificaron, segundo, por la calidad de su contenido, y tercero, por el valor que ha generado en el tráfico mercantil internacional.

Lo lamentable no es solo la falta de ratificación, sino también el poco interés que esto ha despertado en el gremio en general, tanto en abogados como en comerciantes, ya que la CISG ofrece un régimen uniforme, actualizado y equitativo, que contribuye con la generación de confianza, agilización del tráfico de mercaderías, y disminución de conflictos, porque a medida en que las partes cuenten con reglas claras, podrán saber desde el principio a qué atenerse.

Es por ello que, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (Sovedem) con la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comprado de la Universidad Central de Venezuela, organizaron un plan de acción orientado a retomar el estudio de la CISG, su promoción y a realizar los esfuerzos necesarios para lograr su ratificación.

En este sentido, se realizó el 22 de marzo de 2022 con el apoyo de la UNCITRAL, un foro que se tituló: “*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías*”. La presentación y moderación del evento estuvo a cargo del Prof. Diego Castagnino, mientras que, la Sra. Marianela Bruno Pollero, Oficial Legal de la División de Derecho Mercantil Internacional de la Secretaría de la UNCITRAL dio las palabras de bienvenida.

El foro contó con dos mesas, la primera, bajo la moderación del Prof. Carlos Domínguez, los ponentes y temas fueron: el Prof. Mario Bariona: “*Ámbito de aplicación de la CISG*”, el Prof. Luis Cova Arria: “*La transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercancías del vendedor al comprador*”; el Prof. Juan José Bolinaga: “*La CISG y el transporte marítimo*” y el Sr. Lucas Castellani, Legal Officer de la UNCITRAL: “*Las tres dimensiones de la CISG*”.

La segunda mesa fue moderada por el Dr. Pedro Rengel Núñez, los ponentes invitados y temas tratados fueron: el Dr. Eugenio Hernández-Bretón: “*Aplicación de la CISG, antes y después de una posible ratificación*”, la Dra. Claudia Madrid Martínez: “*CISG, Incoterms y otros instrumentos Soft Law*”, y el Prof. Ramón Escovar Alvarado: “*Ventajas de la aplicación de la CISG en la práctica arbitral en Venezuela*”. El evento contó con una masiva participación de profesionales, empresarios, así como de estudiantes de pregrado y postgrado.

La siguiente actividad que se decidió realizar fue la coordinación de una obra colectiva que reuniera artículos de investigación jurídica sobre la CISG. Así, el 17 de marzo de 2022, el Comité Ejecutivo de Sovedem aprobó la publicación con la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comprado de la Universidad Central de Venezuela, del segundo número extraordinario de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (RVDM), en esta ocasión, en homenaje a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

A diferencia de las ediciones ordinarias de la RVDM que se publican rigurosamente de manera semestral y gracias a los aportes de los autores que responden a la convocatoria que se publica previo a cada edición, la versión extraordinaria contiene artículos exclusivos de autores invitados, los cuales, al igual que ocurre en las ediciones ordinarias, son evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego, para garantizar la calidad de la obra. El primer número extraordinario de la RVDM fue en homenaje al Dr. Alfredo Morles Hernández y se publicó en diciembre de 2021.

De esta manera, se inició la organización de la presente obra, en donde se invitaron a juristas nacionales de reconocida trayectoria en el ámbito del derecho mercantil y se les solicitó que eligieran un tema relacionado con la CISG con la finalidad de analizarlo a profundidad.

Como era de esperarse, los autores convocados aceptaron la invitación y gracias a ellos, hoy el proyecto de homenaje a la CISG es una realidad. Esperamos que esta obra colectiva contribuya con la promoción de la CISG a nivel nacional y que sirva para impulsar su ratificación por parte del Estado venezolano lo más pronto posible. La obra cuenta con los siguientes trabajos:

<i>Autor (es)</i>	<i>Título del trabajo</i>
Eugenio Hernández-Bretón	La aplicación de la CIM / CISG, antes y después de su eventual ratificación por parte de Venezuela
Nayibe Chacón Gómez y Daniel Pérez Pereda	Remedios aplicables en caso de incumplimiento del contrato y conceptos reclamables
Claudia Madrid Martínez	Relaciones de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con los Incoterms y otros instrumentos de Soft Law
Carlos Dominguez Hernández y Diego Castagnino	Las obligaciones del vendedor según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Luis Cova Arria	La transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercancías del vendedor al comprador
Fernando Sanquírigo Pittevil	La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®
Adriana Vaamonde Marcano	Finalidad y pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
José Antonio Briceño Laborí	Breves consideraciones sobre la elección tácita del Derecho aplicable como vía para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
Wilfredo Monsalve García	Obligaciones del comprador en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y medios de pago en el comercio internacional

Agradecemos profundamente a los autores por haber aceptado el reto planteado, estamos orgullosos del resultado alcanzado y convencidos del importante aporte que esta obra representa para nuestra comunidad jurídica.

Así mismo, extendemos nuestros agradecimientos al grupo de árbitros revisores, quienes nos apoyaron durante el proceso de evaluación en esta edición extraordinaria, su aporte contribuye con la calidad académica de nuestra revista.

La presente obra estará disponible en versión impresa de tapa blanda, cuya comercialización generará fondos, los cuales serán destinados a la mejora continua de nuestras publicaciones; y contará una versión digital, de acceso abierto y gratuito que se podrá descargar directamente en www.sovedem.com.

Esperamos que esta obra sea de utilidad para la comunidad jurídica en general.

Caracas, diciembre de 2022.

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Dra. Nayibe Chacón Gómez
Secretaria General

Prof. Diego Castagnino
Director-Editor

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang
Asesor Académico

La aplicación de la CIM / CISG, antes y después de su eventual ratificación por parte de Venezuela*

Eugenio Hernández-Bretón**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 6-20

Resumen: Este ensayo examina las vías que permitirían la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías por parte de los tribunales nacionales aun antes de su ratificación por parte de Venezuela y también examina algunos asuntos puntuales que han de plantearse una vez que se produzca su eventual ratificación.

Palabras claves: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; Contratos; Venezuela.

The application of the CISG / CIM, before and after its eventual ratification by Venezuela

Abstract: *This paper examines the avenues that would allow the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods by domestic courts even before its ratification by Venezuela and some specific issues that would arise after its eventual ratification.*

Keywords: *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Contracts; Venezuela.*

Autor invitado

Recibido: 4/07/2022

Aprobado: 16/08/2022

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por el autor 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.

** Miembro de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACPS). Doctor iuris utriusque (summa cum laude) de la Ruprecht-Karls Universität, Heidelberg; LL.M. (magna cum laude) de la Eberhard-Karls Universität, Tübingen; Master of Laws de la Columbia University, New York; Abogado (summa cum laude) de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas; Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la UCV, Caracas, Venezuela; Miembro Fundador SOVEDEM. Correo: Eugenio.hernandez-breton@bakermckenzie.com

*La aplicación de la CIM / CISG, antes y después de su eventual ratificación por parte de Venezuela**

Eugenio Hernández-Bretón**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 6-20

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Las fuentes del derecho internacional privado venezolano. 2. La CIDACI y la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP). 3. La aplicación de la CIM / CISG bajo la LDIP. 4. La aplicación de la CIM / CISG en caso de una eventual ratificación por parte de Venezuela. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

A pesar de que Venezuela firmó la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM / CISG) el 28 de septiembre de 1981, hasta la fecha no la ha ratificado (mayo de 2022)¹. Las razones de esta actitud no son muy conocidas², y son el tópic de mucha especulación. Los comentarios venezolanos sobre el problema de la aplicación de la CIM / CISG desde el punto de vista de un estado no contratante³, son escasos y -según nuestra investigación- los tribunales venezolanos no se han pronunciado sobre este aspecto.

De esta forma, este ensayo discute, en su primera parte, dicho tema desde una perspectiva puramente teórica basada en las reglas venezolanas de derecho internacional privado según la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 («LDIP»)⁴. En una segunda parte, este ensayo discute

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por el autor 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.

** Miembro de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACPS). Doctor iuris utriusque (summa cum laude) de la Ruprecht-Karls Universität, Heidelberg; LL.M. (magna cum laude) de la Eberhard-Karls Universität, Tübingen; Master of Laws de la Columbia University, New York; Abogado (summa cum laude) de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas; Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la UCV, Caracas, Venezuela; Miembro Fundador SOVEDEM. Correo: Eugenio.hernandez-bretón@bakermckenzie.com

¹ UNCITRAL. Acceso el 30 de junio de 2022, https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

² Parra-Aranguren, G. «Legislación Uniforme sobre la Compra-Venta Internacional de Mercaderías». Estudios de Derecho Mercantil Internacional (1998), p. 5 et seq.; Cova Arria, L. «El contrato de compraventa internacional de hidrocarburos». Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nr. 145 (2007), p. 123 et seq.; Cova Arria, L. «Métodos de Unificación del Derecho en la Venta Internacional», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nr. 66 (1987), p. 15 et seq.; Hernández-Bretón, E., «Usos no pactados: del Código de Comercio alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nr. 90 (1993), p. 81 et seq.

³ ídem

⁴ Gaceta Oficial No. 36.511 del 6 de agosto de 1998

algunos temas relativos a la eventual aplicación de la CIM / CISG como tratado internacional en caso de ser ratificada por Venezuela.

1. Las Fuentes del Derecho Internacional Privado Venezolano

Los problemas referentes al derecho internacional privado están sometidos al marco normativo de la LDIP. El artículo 1 de la LDIP establece el orden de prelación de las fuentes del derecho internacional privado venezolano, combinando fuentes absolutamente internacionales, como normas de derecho internacional público y los principios del derecho internacional privado; con aquellas normas nacionales, como aquellas contenidas en la legislación doméstica (destacando entre ellas las contenidas en la LDIP).

Este artículo otorga preferencia a las normas de derecho internacional público en materia de derecho internacional privado, permitiendo que normas de verdadera naturaleza internacional sean aplicadas antes que cualquier norma doméstica de derecho internacional privado. La LDIP no establece una jerarquía entre normas de derecho internacional público, pero enuncia a los tratados como una forma especial de dichas normas.

Vale la pena destacar que la mención de normas de derecho internacional público está limitada a aquellas que traten asuntos de derecho internacional privado. Cabe afirmar que los tratados, costumbres y otras normas de derecho internacional público se aplican siguiendo los estándares de preferencia establecidos para los asuntos sujetos al derecho internacional público.

2. La CIDACI y La Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP)

A los efectos del sistema venezolano de derecho internacional privado, lo anterior implicaría que en los casos de contratos internacionales sujetos a la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ("CIDACI") se aplicarían las normas de dicha Convención en lugar de las normas sobre contratos contenidas en la LDIP. Sin embargo, la CIDACI solo está en vigor entre México y Venezuela.

No obstante, es claro que las soluciones principales de la CIDACI fueron replicadas en los artículos 29, 30 y 31 de la LDIP. En este sentido, el enfoque de Venezuela hacia la codificación interna de las normas sobre contratos internacionales se limitó a la recepción de los principales principios que guían la CIDACI sin reproducir *verbatim* el texto de la convención⁵.

A pesar de ello, es aceptado que las reglas de la CIDACI que no fueron incluidas en la LDIP sean consideradas principios del derecho internacional privado⁶, lo que conduce en ambos casos a resultados similares. Por estas razones, limitaré mis opiniones en este trabajo al análisis de la aplicación de la CIDACI en el marco de la LDIP.

⁵ Hernández-Bretón, E. «La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina», in De Cita 09.2008, Derecho del comercio internacional temas y actualidades, pp. 170 et seq.

⁶ Hernández-Bretón, E. «Las obligaciones convencionales en la Ley venezolana de Derecho internacional privado». De CITA 01.2004 Derecho del comercio internacional temas y actualidades, p. 278 et seq; y Mestizaje Cultural en el Derecho Internacional Privado de los Países de la América Latina (2007), p. 79 et seq.

3. La Aplicación de la CIM / CISG bajo la LDIP

3.1. El Principio de la Autonomía de las Partes bajo la LDIP

El principio de autonomía de las partes es un principio muy arraigado en el derecho internacional privado venezolano. Así lo reconoce expresamente el artículo 29 de la LDIP. La posibilidad de introducir una cláusula de elección de ley en un contrato internacional está ampliamente admitida en Venezuela. La opinión general es que las partes contratantes pueden elegir cualquier derecho para regir su contrato, independientemente de que el derecho elegido esté vinculado a las partes o al objeto del contrato. Una consecuencia importante de la cláusula de elección de derecho es que, por principio, dicha elección se limita a las normas sustantivas del derecho elegido y no incluye las normas de conflicto de leyes de esta última.

De este modo, se excluye el reenvío en materia de derecho contractual. Esta solución se basa en el artículo 17 de la CIDACI⁷, que en Venezuela se considera un principio de derecho internacional privado generalmente admitido⁸. Por lo tanto, las partes de un contrato de compraventa internacional de mercaderías pueden elegir libremente el derecho de un Estado contratante de la CIM / CISG para que rija ese contrato, aun cuando las partes contratantes sean totalmente ajenas a ese Estado, es decir, no sean nacionales de ese Estado contratante ni estén domiciliadas en él, o aun cuando el contrato no se ejecute o no vaya a ejecutarse, o no involucre bienes ubicados, en ninguno de esos Estados contratantes.

El derecho elegido debe ser aplicado por un tribunal venezolano de acuerdo con los principios aplicados en el país extranjero de que se trate, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto (artículo 2 de la DLIP). Se trata de una norma fundamental destinada a garantizar el cumplimiento de las normas venezolanas de conflicto de leyes que ordenan la aplicación de un derecho extranjero. En consecuencia, un tribunal venezolano respetará la jerarquía de las fuentes jurídicas y los criterios de interpretación de las normas jurídicas, entre otros elementos, existentes en el sistema jurídico extranjero pertinente elegido por las partes.

3.1.1. La Ley Aplicable a los Contratos de un Estado Parte que no ha Hecho la Reserva bajo el Artículo 95 de la CIM / CISG

Supongamos que una filial venezolana de una empresa alemana compró determinadas mercancías a un vendedor boliviano para ser entregadas desde Bolivia en un puerto venezolano, y

⁷ Artículo 17 CIDACI: Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

⁸ Hernández-Bretón, E. «Las obligaciones convencionales en la Ley venezolana de Derecho internacional privado». op. cit., p. 278 et seq; y Hernández-Bretón, E. Mestizaje Cultural en el Derecho Internacional Privado de los Países de la América Latina. op. cit., p. 79 et seq. Un resultado similar se puede encontrar acudiendo a los artículos 2 y 4 de la LDIP: ver Hernández-Bretón, E. «An attempt to regulate the problem of 'characterization' in Private International Law». Hernández-Bretón, E. Festschrift für Erik Jayme (2004) p. 331 et seq; y Hernández-Bretón, E. «En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado». Cuadernos Unimetanos (2007), p. 227 et seq.

que las partes eligieron los tribunales venezolanos para conocer de los litigios contractuales y el derecho alemán para regir su contrato. En este caso, a falta de normas de derecho internacional público sobre la materia, y en particular a falta de un tratado entre Venezuela y Bolivia que regule el derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercancías, un tribunal venezolano acudirá a la LDIP (artículo 1).

En primer lugar, el tribunal venezolano dará efecto a la cláusula de elección de derecho incluida en el contrato (artículo 29) y la tomará como una elección de derecho aplicable válida a primera vista. Por lo tanto, tendrá que determinar la existencia y la validez de la cláusula de elección de derecho aplicable según el derecho alemán (antiguo artículo 12 de la CIDACI, que será aplicable como principio generalmente aceptado de derecho internacional privado bajo el artículo 1 LDIP)⁹. Si la elección del derecho alemán es válida y exigible bajo el derecho alemán, entonces el tribunal venezolano aceptará la elección y tendrá el deber de aplicar el derecho alemán como si fuera un tribunal alemán. Es especialmente importante la interpretación de la cláusula de elección de derecho aplicable para determinar su alcance y la extensión del derecho escogido. Esta interpretación se realizará conforme al derecho escogido (antiguos artículos 12 y 14 de la CIDACI)¹⁰, es decir, conforme al derecho alemán.

Lo anterior significa que un tribunal venezolano tendrá que aplicar el derecho alemán sobre contratos de compraventa internacional de mercancías como lo haría un tribunal alemán (artículo 2 de la LDIP). Un tribunal venezolano tendrá que averiguar *ex-officio* las normas pertinentes del derecho alemán que rigen dichos contratos de compraventa y para, esa tarea, puede tomar todas las medidas que considere apropiadas y necesarias para cumplir con su deber. No obstante, las partes -si así lo deciden- podrán informar sobre el derecho extranjero aplicable (Artículo 60 de la LDIP).

La cuestión de si la CIM / CISG es aplicable con preferencia sobre el derecho de compraventa nacional alemán dependerá únicamente de los principios del derecho alemán. Un tribunal venezolano examinará la jurisprudencia alemana, los comentarios y otras fuentes alemanas para determinar si se cumplen las condiciones de aplicación de la CIM / CISG. La aplicabilidad de la CIM / CISG de conformidad con el artículo 1(1)(b) de la misma seguirá entonces la práctica alemana, independientemente del hecho de que la CIM / CISG -como tratado- no sea vinculante entre Venezuela y Alemania. Un enfoque similar fue adoptado hace varios años por el profesor Gonzalo Parra-Aranguren, entonces juez mercantil de Caracas, en un caso en el

⁹ Artículo 12 CIDACI: La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

¹⁰ Artículo 14 CIDACI: El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

que las normas de conflicto de leyes venezolanas señalaban la aplicación del derecho japonés como derecho aplicable a los efectos de un endoso al cobro de un título valor. El juez venezolano aplicó un tratado de derecho uniforme ratificado por Japón, pero no por Venezuela, como parte del derecho de Japón, bajo la premisa de que el juez venezolano estaba obligado a aplicar el derecho japonés como si fuera un juez de ese país¹¹. Se trata de una práctica sólida, ahora reforzada por el artículo 2 de la LDIP, de la que un tribunal venezolano no debería apartarse.

En mi opinión, una vez que un tribunal venezolano verifique la validez de una cláusula de elección de derecho aplicable bajo el derecho elegido, tendrá que buscar las normas específicas del derecho alemán aplicables al contrato de compraventa de bienes correspondiente. En este caso, un tribunal venezolano tendrá que determinar si, en virtud de los principios del derecho alemán, se aplicarían las normas de derecho internacional o las leyes nacionales alemanas sobre contratos de compraventa de mercancías. Siguiendo su deber de aplicar el derecho extranjero *ex-officio*, un tribunal venezolano tendría que explorar el derecho alemán y una vez que haya determinado que la CIM / CISG forma parte del derecho alemán, tendrá que determinar si la CIM / CISG es aplicable como parte del derecho elegido por las partes de un contrato de compraventa, es decir, el derecho alemán. Las condiciones de aplicabilidad de la CIM / CISG dependerán de la propia CIM / CISG, ya que esta convención se aplicaría en la práctica en Alemania.

De nuevo, el alcance de la elección del derecho alemán dependería de la legislación alemana. En particular, el tribunal venezolano tendrá que examinar si, en virtud del artículo 6 de la CIM / CISG, la elección del derecho alemán excluye o limita de algún modo la aplicación de la CIM / CISG. Si la aplicación de la CIM / CISG como parte del derecho alemán no ha sido excluida por las partes, entonces el tribunal tendrá que examinar si se cumplen los requisitos de aplicación de la CIM / CISG, especialmente si en este caso se cumplen los requisitos del artículo 1(1)(b) de la CIM / CISG. En este sentido, dicho artículo funciona como una condición necesaria para la aplicación de la CIM / CISG, y también sirve para determinar la disposición del derecho sustantivo interno aplicable (*lex causae*) una vez que las normas de conflicto del foro han determinado la aplicación de una determinada *lex causae*. Así pues, el artículo 1(1)(b) de la CIM / CISG no es una norma de conflicto de leyes, aunque recurre a las normas de conflicto de leyes para determinar la disposición material aplicable del derecho competente que, en este caso, fue seleccionado por las partes contratantes.¹²

En virtud de la disposición anterior, un tribunal venezolano aplicaría la CIM / CISG a los contratos de compraventa de mercancías entre partes cuyo domicilio social se encuentre en Estados diferentes, aunque éstos no sean Estados contratantes, siempre que las normas venezolanas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación del derecho de un Estado contratante. En este sentido, la práctica alemana entiende por normas de derecho internacional privado incluso las de un Estado no contratante, por lo que la práctica alemana incluye el principio de autonomía de

¹¹ Sentencia del Juzgado Segundo en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado de Miranda del 29 de febrero de 1968. Comentado por Lisbonne J. «Chronique de jurisprudence vénézuélienne». Journal de Droit International (Clunet), Volume 95 (1968), p. 752 et seq; y Parra-Aranguren «El reenvío en el Derecho Internacional Privado venezolano». Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y Otros Estudios (1998), p. 285 et seq., esp. 363.

¹² Teklote, S. Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz (Nomos Verlag, Baden-Baden: 1994), p. 49-51; Klchtriem, P. Internationales UN-Kaufrecht. (Mohr Siebeck Tübingen: 2007).

las partes entre las normas de derecho internacional privado¹³. Esto significa que la elección del derecho alemán permitido por las normas de conflicto de leyes venezolanas, para regir un contrato entre partes cuyo domicilio social se encuentra en Estados diferentes, impondría a un tribunal venezolano el deber de aplicar la CIM / CISG de acuerdo con sus propios términos, siempre que las partes no hayan excluido de otro modo la aplicación de la CIM / CISG.

3.1.2. El Derecho Aplicable a los Contratos de un Estado Parte que ha Hecho la Reserva bajo el Artículo 95 de la CIM / CISG

Desde la perspectiva jurídica venezolana, la elección válida del derecho de un Estado contratante que ha hecho una reserva en virtud del artículo 95 de la CIM, por ejemplo, EE.UU. o China, implicaría que un tribunal venezolano debería obedecer dicha reserva y, por lo tanto, aplicar la CIM / CISG como la aplicarían los tribunales del Estado del derecho elegido. En esa situación, un tribunal venezolano competente aplicaría la CIM / CISG como parte del derecho elegido sólo si las condiciones del Art. 1(1)(a) de la CIM / CISG, a saber, que el contrato de compraventa de mercancías se ejecute entre partes cuyos establecimientos se encuentren en diferentes Estados contratantes.

Este sería el caso, por ejemplo, de un contrato entre un vendedor y un comprador con establecimientos en Chile y Colombia, respectivamente, para cuyo contrato las partes correspondientes han elegido el derecho del estado de Florida, Estados Unidos. Por el contrario, un tribunal venezolano competente no aplicaría la CIM / CISG como parte del derecho elegido si las partes contratantes cuyos establecimientos están situados en Venezuela y China, respectivamente, han elegido el derecho del estado de Nueva York, EE.UU., debido a la reserva del artículo 95 de la CIM / CISG hecha por los Estados Unidos.

3.1.3. La Elección Expresa de la CIM / CISG para Gobernar un Contrato de Compraventa de Mercaderías Internacionales

En virtud del artículo 29 de la LDIP, las partes contratantes podrían elegir la CIM / CISG para regir un contrato de compraventa internacional de mercancías sin elegir simultáneamente un sistema jurídico nacional determinado¹⁴. Sin embargo, cualquier cuestión que no esté cubierta por la CIM deberá regirse por un sistema jurídico o un conjunto de normas determinadas de conformidad con los artículos 30 y 31 de la LDIP, como se explicará más adelante.

3.2. Derecho Aplicable en Caso de Ausencia de Cláusula de Elección de Ley

3.2.1. Artículo 30 de la LDIP

En el caso de que las partes contratantes no hayan elegido válidamente el derecho aplicable, entonces, según el artículo 30 de la LDIP, los contratos se regirán por el derecho del Estado con el que tengan los vínculos más directos (se encuentran más directamente vinculadas). El artículo 30

¹³ Herbert, R. «Art. 1 CISG». Von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (1995); Schlechtriem, P. op cit.; Reinhart, G. UN-Kaufrecht (1991).

¹⁴ Hernández-Bretón, Eugenio. *Mestizaje Cultural en el Derecho Internacional Privado de los Países de América Latina*. op cit. p. 87 et seq.

de la LDIP sigue el artículo 9 de la CIDACI, pero con algunos cambios y omisiones¹⁵. Por ejemplo, mientras que el artículo 30 de la LDIP utiliza las palabras "más directamente vinculadas", el artículo 9 de la CIDACI utiliza las palabras "vínculos más estrechos". Se desconocen las razones de esta diferente redacción, pero no parece que signifique desviarse del enfoque seguido por el artículo 9 de la CIDACI.

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Proyecto de LDIP en materia contractual, el Proyecto de Ley "ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales"¹⁶. En este sentido, sería justo afirmar que, en ausencia de una cláusula válida de elección de derecho aplicable, según el artículo 30 de la LDIP el contrato se regirá por el derecho del país con el cual tenga los vínculos más directos, es decir, los más estrechos.

3.2.2. Los Vínculos más directos o estrechos

No es una tarea fácil, sobre todo porque la LDIP, siguiendo la CIDACI, no ofrece demasiadas orientaciones para seleccionar el derecho aplicable en ausencia de una cláusula válida de elección de derecho aplicable. La LDIP establece que, en ausencia de una cláusula válida de elección de derecho, el tribunal tendrá en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato. Lamentablemente, no hay indicación alguna en la LDIP sobre el peso o la fuerza que debe darse a los elementos mencionados anteriormente.

Pero esta cuestión está fuera del alcance de esta comunicación y podría dejarse de lado¹⁷. Si el resultado de la investigación muestra que un contrato de compraventa internacional de mercaderías tiene los vínculos más directos o estrechos con un determinado país que es Estado contratante de la CIM / CISG, entonces la Convención sería aplicable por un tribunal venezolano en la medida en que se cumplan los requisitos para la aplicación de la CIM / CISG en el Estado contratante en cuestión.

3.3. La CIM / CISG Aplicada como Derecho No Estatal

3.3.1. Artículo 30 LDIP y los Principios Generales del Derecho Internacional Comúnmente Aceptados

El artículo 30 de la LDIP establece, además, que, para determinar el derecho aplicable en ausencia de una cláusula válida de elección de derecho aplicable, el tribunal tendrá en cuenta los principios generales del derecho mercantil internacional reconocidos por organismos

¹⁵ Artículo 9 CIDACI: Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

¹⁶ Maekelt, T. B. «Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado». Material de Clase para Derecho Internacional Privado (2006), p. 77 et seq., esp. p. 84.

¹⁷ Hernández-Bretón, Eugenio. *Mestizaje Cultural en el Derecho Internacional Privado de los Países de América Latina*. op cit. p. 87 et seq.

internacionales. Esta fórmula es difícil de entender: En una sentencia no muy clara, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo, basándose en el artículo 30 de la LDIP, reconoció la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y de las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios de la CCI, como principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por organismos internacionales¹⁸. Esto podría servir para afirmar la aplicabilidad de la CIM / CISG como principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por la CNUDMI.

Siguiendo un enfoque más técnico, basado en una interpretación teleológica de la norma equivalente del artículo 9 de la CIDACI, es posible afirmar que el artículo 30 de la LDIP permite al tribunal aplicar a un determinado contrato los principios generales del derecho mercantil internacional reconocidos por organismos internacionales como norma rectora, en lugar del derecho de un determinado país, cuando los elementos objetivos y subjetivos del contrato no permiten establecer claramente los vínculos más directos o estrechos de un contrato con un determinado país¹⁹. En este caso, podría aplicarse la CIM / CISG como expresión de los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por la CNUDMI.

3.3.2. Derecho no estatal según el artículo 31 de la LDIP

El artículo 31 de la LDIP es una copia literal del artículo 10 de la CIDACI²⁰. Dice lo siguiente: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación, con el fin de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto."

En mi opinión, independientemente del artículo 30, el artículo 31 permite aplicar la CIM / CISG como una forma de derecho no estatal a los contratos de compraventa internacional de mercaderías respecto de los cuales las partes han elegido el derecho aplicable o incluso si el derecho aplicable se determina recurriendo a la teoría de los vínculos más directos o más estrechos.

Del mismo modo, la mayoría de los especialistas en Venezuela considera que el artículo 31 se aplicaría incluso si el derecho elegido por las partes es el derecho venezolano²¹ ²². Esto significa que en el caso de que las partes hayan elegido el derecho de un Estado no contratante

¹⁸ Sala de Casación Civil TSJ. *Banque Artesia Nederland N.V. c. CorpBanca, Banco Universal C.A.* Sentencia No. 0738 del 2 de diciembre de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>

¹⁹ Juergen Samtleben, «Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales». J. Basedow et al. (Coords.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (CEDEP, Paraguay, 2010): p. 413, esp. 425.

²⁰ Artículo 10 CIDACI: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

²¹ Hernández-Bretón, Eugenio. «El derecho internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano». *V Jornadas Anibal Dominici, Títulos Valores, Contratos Mercantiles, Homenaje Dr. José Muci-Ahraham* (2014). p. 209 et seq.

²² Madrid Martínez, Claudia. «Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la lex mercatoria». *Derecho de las Obligaciones: Homenaje a José Mélich Orsini* (2012). p.333 et seq.

para regir su contrato, el artículo 31 abriría la posibilidad de que se apliquen las normas de la CIM / CISG. Pero también en el caso de que, en virtud del artículo 30, el contrato esté sujeto al derecho de un Estado no contratante de la CIM / CISG, ésta podría aplicarse como derecho no estatal en virtud del artículo 31. En este caso, sin embargo, las normas de la CIM / CISG no se aplicarían como derecho de los tratados, sino como expresión de cualquiera de las diversas fuentes de derecho no estatal enumeradas en el artículo 31 y en los casos y para los fines mencionados en el mismo. Cabe señalar que el artículo 31 no menciona el término *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*, sino que se refiere a varias formas de expresión del derecho mercantil internacional.

La cuestión a resolver es determinar si las normas de la CIM / CISG califican como normas, costumbres y/o principios de derecho comercial internacional, y/o como usos y/o prácticas comerciales de general aceptación. Como ejemplo, en el caso ya citado de *Banque Artesia Nederland N.V. contra CorpBanca, Banco Universal C.A.*, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia reconoció la aplicabilidad de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, así como de las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios de la CCI, como formas de derecho no estatal, no sólo en virtud del artículo 30 de la LDIP, sino también en virtud del artículo 31 de la misma Ley²³.

Sin profundizar en los detalles del análisis de la naturaleza jurídica de las normas de la CIM / CISG y de si dicho análisis debe realizarse caso por caso -artículo por artículo de la CIM / CISG-, dada la aceptación general de la CIM / CISG, somos de la opinión de que la CIM / CISG es una compilación de normas que se encuadran en una o más de las categorías enumeradas en el artículo 31, de tal manera que sus normas podrían encuadrarse en al menos una de esas categorías²⁴, es decir, normas, costumbres o principios de derecho comercial internacional, o usos y prácticas comerciales de general aceptación.

Por lo tanto, las normas y principios consagrados en la CIM / CISG serían aplicables de acuerdo con sus propios términos específicos "con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad y la justicia en la solución del caso concreto", tal y como ordena el artículo 31. De acuerdo con el planteamiento anterior, basado en el artículo 31 de la LDIP, la CIM / CISG serviría como fuente de normas de origen verdaderamente internacional, lo que mejoraría la calidad de las normas internas del derecho elegido y de tal manera que proporcionaría un marco jurídico más adecuado para regular los contratos de compraventa internacional.

4. La Aplicación de la CIM / CISG en Caso de una Eventual Ratificación por parte de Venezuela

4.1. El Proceso de la ratificación y la entrada en vigor de la CIM / CISG

Según la información disponible que antes hemos referido, Venezuela suscribió la CIM / CISG el 28 de septiembre de 1981. De tal manera procedió Venezuela a suscribir la CIM / CISG

²³ Sala de Casación Civil TSJ. *Banque Artesia Nederland N.V. c. CorpBanca, Banco Universal C.A.* Decisión No. 0738 del 2 de diciembre de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>

²⁴ Ver: Comité Jurídico Interamericano. *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*. Organización de Estados Americanos. Washington DC: 2019. p. 62.

dentro del lapso establecido en el artículo 91.1 de esa Convención, la cual está sujeta, en el caso de Venezuela a ratificación a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.2 ejusdem. A fin de que Venezuela perfeccione la recepción de dicha Convención en su derecho interno y sea, a la vez, un instrumento normativo con vigencia en el ámbito internacional, es indispensable que se siga el trámite interno de ratificación de los tratados internacionales previsto en la legislación venezolana, especialmente la recogida en la Constitución, y a la misma vez es necesario cumplir con los requisitos del derecho internacional de los tratados respecto de la ratificación, incluido lo dispuesto en la misma CIM / CISG. De esta manera se asegura una entrada en vigor simultánea de la CIM / CISG tanto en el ámbito interno como internacional: Un único momento de entrada en vigor del tratado internacional.

En este sentido, corresponderá al Presidente la República dirigir el trámite para la ratificación de la CIM / CISG y presentar a la Asamblea Nacional el proyecto de ley aprobatoria de dicho tratado. Una vez aprobada tal ley corresponderá al propio Presidente de la República determinar la oportunidad para su promulgación y luego a hacer el depósito del instrumento de ratificación (artículos 154, 156.1, 156.32, 187.18, 202, 204, 217 y 236.4 de la Constitución). El referido depósito del instrumento de ratificación por parte de Venezuela, básicamente la constancia de haber seguido el trámite interno de ratificación, se efectuará ante el Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 91.4 de la CIM / CISG) que ha sido designado depositario a los efectos de la Convención (artículo 89 de la CIM / CISG).

Simultáneamente a la ratificación de la CIM / CISG habrá que considerar la posibilidad de la formulación de declaraciones o reservas a la Convención por parte de Venezuela, y las consecuencias de tales declaraciones o reservas en lo que respecta a la aplicación de la CIM / CISG. Las reservas permitidas son solamente las autorizadas por la propia CIM / CISG (artículo 98). Las declaraciones permitidas están identificadas a lo largo del texto de la Convención, deben hacerse por escrito y ante el Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 97.2), pero muy especialmente están identificadas en la Parte IV de la misma, a partir del artículo 92 y hasta el 97. De tal forma, de conformidad con el artículo 92.1 de la CIM / CISG podría declarar Venezuela que no queda obligada por la Parte II (Formación del contrato, artículos 12 a 24) y/o por la Parte III de la CIM / CISG (Compraventa de mercaderías, artículos 25 a 88), con la consecuencia de que entonces no sería consideradas Estado Contratante de la Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración (artículo 92.2). Sin embargo, nada aconseja formular alguna de dichas declaraciones.

La declaración permitida por el artículo 93 (para los Estados Contratantes integrados por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención, de excluir todo o parte de la misma para ciertas unidades territoriales) no resulta aplicable a un país con un falso federalismo como Venezuela. En todo caso, la ausencia de una declaración al respecto haría efectiva la Convención en todas las unidades territoriales del país (artículo 93.4).

La declaración de no aplicación de la CIM / CISG entre países partes o no de la Convención que tengan normas jurídicas idénticas o similares a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes contratantes tengan sus establecimientos en esos países (artículo 94) parece muy poco probable para Venezuela, pues si bien la normativa nacional en la materia regulada por la

Convención puede tener similitud con la de otros países, la declaración en cuestión parece más apropiada entre países que además de guardar la similitud normativa exigida mantengan un considerable volumen de intercambio comercial. Esto no parece ser el caso de Venezuela con ningún país de normativa similar.

La declaración del artículo 95 de no quedar obligado por lo dispuesto en el artículo 1.1.b, de la que han hecho uso países como Estados Unidos y China, es de la mayor importancia. El artículo 1.1.b establece la aplicación de la CIM / CISG “a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”. Creemos que la norma del artículo 1.1.b lejos de perjudicar a los intereses nacionales permite una mayor uniformidad en la aplicación de la CIM / CISG. En tal sentido, desde la perspectiva venezolana esta declaración no debería formularse.

La declaración permitida por el artículo 96 para el Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito, conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado, no parece tener cabida para Venezuela en atención a la libertad probatoria que acompaña a los contratos mercantiles bajo el derecho venezolano.

De conformidad con el artículo 99.2 de la CIM / CISG, la eventual ratificación por parte de Venezuela, salvo la parte que pueda ser excluida mediante declaración o reserva, entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación. A partir de ese momento es que la CIM / CISG entrará en vigor tanto en el ámbito interno como internacional y se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención o a los contratos celebrados a partir de esa fecha (artículo 100).

4.2. Aplicación de la CIM / CISG como Tratado Internacional

Una vez ratificada la CIM / CISG, a los efectos de su aplicación deberá tomarse muy en cuenta su naturaleza jurídica de tratado internacional. Esto tiene importantes consecuencias jurídicas. En particular, la CIM / CISG será de aplicación preferente en la materia que regula por sobre la normativa interna (artículo 1 de la LDIP) y de conformidad con las normas consuetudinarias internacionales no podrá invocarse norma interna venezolana para justificar el incumplimiento de la Convención (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, “CVDT”, como reflejo del derecho consuetudinario internacional). La CIM / CISG obligará a Venezuela y deberá ser cumplida de buena fe (artículo 26 de la CVDT).

Ahora bien, la CIM / CISG deberá ser aplicada según sus términos, bajo los requisitos de aplicación que ella misma establece especialmente en sus seis primeros artículos (artículos 1 a 6).

Para la interpretación de la CIM / CISG hay dos grupos de normas a seguir. Por una parte, las normas consuetudinarias sobre la interpretación de los tratados recogidas en la CVDT (artículos 31 a 33). Por otra parte, la norma especial del artículo 7 de la CIM / CISG. Este artículo establece que en la interpretación de la CIM / CISG se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Esto impone el deber para Venezuela de estar atenta a los desarrollos en otros Estados parte, a verificar los avances doctrinales y jurisprudenciales en los demás Estado parte, y tomar en cuenta esos desarrollos a la hora de aplicar la CIM / CISG. Sea oportuno recordar que un mandato similar se encuentra en el artículo 4 de la CIDACI que establece algo más simplificadaamente: “Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.”

Adicionalmente, la CIM / CISG incluye una norma hermenéutica muy interesante al prever que “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado” (artículo 8).

CONCLUSIONES

Actualmente la CIM / CISG no está en vigor para Venezuela, pero hemos explicado como ella puede servir para solucionar problemas de derecho internacional privado relativos a la contratación comercial internacional, por vía de los artículos 1, 30 y 31 de la LDIP en concordancia con el artículo 1.1.b de la CIM / CISG.

Esta Convención recoge un derecho material bien estructurado y balanceado, cuyas soluciones debemos todavía examinar en su impacto en la contratación internacional, que creemos que será favorable al desarrollo del comercio internacional venezolano y de su sistema jurídico. Por ello esperamos que más pronto que tarde Venezuela ratifique la CIM / CISG y sus soluciones como tratado internacional se reciban en el ordenamiento nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Comité Jurídico Interamericano. Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas. Organización de Estados Americanos. Washington DC: 2019

Cova Arria, L. «El contrato de compraventa internacional de hidrocarburos». Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nr. 145 (2007): p. 123 et seq.

Cova Arria, L. «Métodos de Unificación del Derecho en la Venta Internacional», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nr. 66 (1987): p. 15 et seq.

- Herbert, R. «Art. 1 CISG». Von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. 2a. Edición. (Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München: 1995).
- Hernández-Bretón, E. «An attempt to regulate the problem of 'characterization' in Private International Law». H.-P. Mansel et al. (Eds.) Festschrift für Erik Jayme (Sellier, Heidelberg: 2004): p. 331 et seq.
- Hernández-Bretón, E. «El derecho internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano». S. Yanuzzi / J. G. Salaverría L. (Coords.) V Jornadas Aníbal Dominici, Títulos Valores, Contratos Mercantiles, Homenaje Dr. José Muci-Ahraham (2014): p. 209 et seq.
- Hernández-Bretón, E. «En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado». Cuadernos Unimetanos Nr. 11 (Universidad Metropolitana, Caracas: 2007): p. 227 et seq.
- Hernández-Bretón, E. Mestizaje Cultural en el Derecho Internacional Privado de los Países de la América Latina (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas: 2007): p. 79 et seq.
- Hernández-Bretón, E. «La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina», De Cita 09.2008, Derecho del comercio internacional temas y actualidades: p. 170 et seq.
- Hernández-Bretón, E. «Las obligaciones convencionales en la Ley venezolana de Derecho internacional privado». De Cita 01.2004 Derecho del comercio internacional temas y actualidades: p. 278 et seq.
- Hernández-Bretón, E. «Usos no pactados: del Código de Comercio alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nr. 90 (1993): p. 81 et seq.
- Lisbonne, J. «Chronique de jurisprudence vénézuélienne». Journal de Droit International (Clunet), Volume 95 (1968), p: 752 et seq.
- Madrid Martínez, C. «Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la lex mercatoria». C. Madrid Martínez (Coord.). Derecho de las Obligaciones: Homenaje a José Mélich Orsisi (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas: 2012). p.333 et seq.
- Maekelt, T. B. De et al. (Eds.). «Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado». Material de Clase para Derecho Internacional Privado (Universidad Central de Venezuela, Caracas: 2006), p: 77 et seq.
- Mankowski, P. «A very special type of renovó in contemporary Private International Law. Article 4 Ley de Derecho Internacional Privado of Venezuela in the light of recent developments».

- C. Madrid Martínez (Ed.) Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas: 2019): Tomo I, p: 679 et seq.
- Parra-Aranguren, G. «Legislación Uniforme sobre la Compra-Venta Internacional de Mercaderías». Estudios de Derecho Mercantil Internacional (Universidad Central de Venezuela, Caracas:1998), p. 5 et seq.
- Parra-Aranguren, G. «El reenvío en el Derecho internacional Privado venezolano». Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y Otros Estudios. 3a. Edición (Universidad central de Venezuela, Caracas: 1998), p: 285 et seq.
- Reinhart, G. UN-Kaufrecht: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf (C. F. Müller, Heidelberg, 1991).
- Ruiz, M. A. «El reenvío en el ordenamiento jurídico venezolano». C. Madrid Martínez (Ed.). Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas:2019), Tomo I, p: 557 et seq.
- Samtleben, J. «Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales». J. Basedow et al. (Coords.). ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? (CEDEP, Paraguay, 2010): p. 413 et seq.
- Schlechtriem, P. Internationales UN-Kaufrecht. 4a. Edición. (Mohr Siebeck, Tübingen: 2007).
- Teklote, S. Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz (Nomos Verlag, Baden-Baden: 1994).

Remedios aplicables en caso de incumplimiento del contrato y conceptos reclamables

Nayibe Chacón Gómez*

Daniel Pérez Pereda**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 22-35

Resumen: La mayor preocupación de todo comerciante dedicado a la compraventa de bienes muebles, es el incumplimiento de la otra parte. A los fines de disminuir esta preocupación, se busca mediante la documentación del contrato establecer las situaciones que pueden dar lugar al incumplimiento de las obligaciones de cada parte, y cuál sería la forma de desagaviar a la parte que ha sufrido daños y perjuicios. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías atiende estos aspectos, presentando lo que se ha llamado “teoría de los remedios contractuales del derecho uniforme”. Estos aspectos son tratados en este artículo, mediante la incorporación de un conjunto de definiciones y características que han sido trabajados en los instrumentos doctrinales y jurisprudenciales, haciendo especial énfasis en los compendios y guías de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Palabras claves: incumplimiento, daños y perjuicios, remedios, derecho de retención.

Applicable remedies in case of breach of contract and claimable items

Abstract: *The greatest concern of any merchant dedicated to the sale of personal property, is the default of the other party. To reduce this concern, the parties seek, through the documentation of the contract, to establish the situations that may give rise to the breach of the obligations of each party, and what would be the way to compensate the party that has suffered damages. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods addresses these aspects, presenting what has been called the “uniform law theory of contractual remedies”. These aspects are treated in this article, through the incorporation of a set of definitions and characteristics that have been worked on in the doctrinal and jurisprudential instruments, with special emphasis on the compendia and guides of the United Nations Commission for International Trade Law.*

Keywords: *breach, damages, remedies, right of retention.*

Autores invitados

Recibido: 14/07/2022

Aprobado: 17/08/2022

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2014). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

Remedios aplicables en caso de incumplimiento del contrato y conceptos reclamables

Nayibe Chacón Gómez*

Daniel Pérez Pereda**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 22-35

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Situaciones de incumplimiento del contrato previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2. Conceptos reclamables por el incumplimiento del contrato.*
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia ocupa las cuatro primeras acepciones de la palabra “remedios” de la siguiente forma: “1. Medio que se toma para reparar un daño o inconveniente; 2. Enmienda o corrección; 3. Recurso, auxilio o refugio; y, 4. Aquello que sirve para producir un cambio favorable en las enfermedades”,¹ por lo que se entiende con meridiana claridad que cuando se habla de un remedio se está haciendo referencia a “algo” que permite la modificación de una situación o estado que es dañoso o inconveniente para “algo” o para “alguien”.

En el caso de un contrato de compraventa, el “algo” corresponde al objeto de la venta y el “alguien” será las partes intervinientes en dicho contrato, es decir, el vendedor y el comprador, la situación que genera la necesidad de que exista un remedio será el incumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, obligaciones que surgen con ocasión de la celebración del contrato. Así, la compraventa como contrato es aquel “que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de algo determinado mediante su entrega a cambio de un precio acordado.”²

El estado ideal de la contratación, cualquiera que sea, pero especialmente el contrato de compraventa, es aquel en el cual las partes cumplen con lo acordado en la oportunidad de la celebración de la compraventa, lo cual principalmente se refiere al pago del precio y a la entrega de cosa, en la forma y en la oportunidad que ha sido convenida, puesto que tal como mencionan

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

**Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2014). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. (Edición del Tricentenario, 2021). <https://dle.rae.es/remedio>

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. (Edición del Tricentenario, 2021). <https://dle.rae.es/contrato#H4Jeaje>

Domínguez Guillen y Pérez Fernández,³ la compraventa es el ejemplo típico del modo voluntario de adquirir o transferir la propiedad, mediante el consentimiento de las partes. Sin embargo, se pueden dar situaciones en las cuales alguna o ambas las partes del contrato no pueda cumplir con una o todas sus obligaciones, sea de forma voluntaria o involuntaria, lo cual da lugar como es lógico pensar en un incumplimiento voluntario o involuntario, el cual es el escenario menos pensado cuando se va a celebrar un contrato.

En la doctrina patria, Domínguez Guillen se refiere al incumplimiento como la inejecución de las obligaciones, ya sea total o parcial, permanente o temporal, voluntario o involuntario.⁴ El incumplimiento involuntario es aquel que no es imputable a la voluntad del deudor,

El incumplimiento no imputable al deudor es aquel que tiene lugar por causas totalmente ajenas a su voluntad. De lo que se deduce que el deudor no es responsable jurídicamente cuando su incumplimiento no se deriva de su responsabilidad, esto es, se deriva de una causa extraña que no le resulta imputable.⁵

Continúa Domínguez Guillen identificando que la causa extraña no imputable hace referencia a aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del deudor que le hacen imposible el cumplimiento de la prestación debida, y en tal sentido, exoneran de responsabilidad a la parte. En lo que refiere al incumplimiento voluntario o culposo, es aquel en el cual la inejecución de la obligación por causa imputable al deudor.⁶

Por otro lado, se habla del cumplimiento inexacto o impropio como aquel que no se ajusta a los requisitos del plan de prestación; corresponde a los casos en que se pretende cumplir de una manera diferente a la que se debería.

Por ejemplo, cuando se pretende cumplir en parte y no totalmente; cuando se pretende pagar con una cosa distinta a la debida, cuando se pretende ejecutar defectuosamente la prestación, cuando se pretende cumplir en un lugar o en un tiempo distinto al pactado. Precisamente, este último nos coloca en el ámbito de la “mora”, que es la hipótesis más común de cumplimiento inexacto. La manifestación más característica del incumplimiento impropio viene dada por la mora o cumplimiento tardío.⁷

Ahora bien, en el caso que ocupa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, como aluden Baeza y otros,⁸ esta convención fue concebida bajo la premisa de adoptar normas uniformes que procurarían eliminar los obstáculos jurídicos que encuentra a su paso el comercio internacional, no aborda todos los aspectos referentes al contrato de compraventa internacional. Por su parte, Leal sostiene que ha “servido para replantear, estudiar y reinterpretar diversas instituciones del derecho, y en especial las acciones o derechos que tiene el acreedor frente al incumplimiento del contrato por parte del

³ María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández. «Aspectos generales de los modos de adquirir la propiedad en el Derecho venezolano», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 15 (2020): 71-100. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/12/RVLJ-15-71-100.pdf>

⁴ María Candelaria Domínguez Guillén. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 202.

⁵ Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III ...*, 165.

⁶ “El dolo es la llamada culpa intencional, es el elemento subjetivo que anima la actuación del deudor a incumplir su obligación.” Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III ...*, 230.

⁷ Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III ...*, 203.

⁸ María Manuela Baeza, Joaquín Berriolo Álvarez y Pablo Pereira Brause. «La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, 37 (2020): 184. <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/698/806>

deudor,”⁹ es decir, “la Convención ha servido como un modelo para que los autores modernos hayan formulado la teoría de la pluralidad o batería de remedios que se despliegan para que, según sus propios requisitos, sean ejercidos por el acreedor” en caso de incumplimiento del contrato y de las disposiciones de la propia Convención.¹⁰

Así, los remedios de naturaleza contractual e indemnizatoria que son aplicables en el caso de incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías y los conceptos que son susceptibles de ser reclamados, tópicos que serán tratados a continuación.

1. Las situaciones de incumplimiento del contrato previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La importancia que tiene la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a los fines de procurar una definición de incumplimiento estriba principalmente en las diferencias que existen en los distintos ordenamientos jurídicos de qué debe entenderse por incumplimiento, como queda evidenciado en lo anotado por YunLi, comparando el *common law*, el *civil law* y el sistema chino, que resulta pertinente anotar, toda vez que este último país constituye uno de los principales actores en la escena mundial de compraventa de mercadería.¹¹

La definición del incumplimiento del contrato no es uniforme si contrastamos los sistemas anglosajones (el “*breach*” o “*breach of contract*”), español y latinoamericano (el “incumplimiento del contrato”) y chino (en China hay varias nociones que corresponden al “*breach*” o “*breach of contract*” del *common law*, entre las cuales existen ciertas diferencias debidas a su distinta traducción). (...) los juristas chinos sostienen que el Common Law toma el contrato como criterio para definir el incumplimiento mientras que el Civil Law toma la prestación como criterio para definir el incumplimiento (si se ha realizado el objeto de la obligación o no; en caso de no prestación hay incumplimiento).¹²

Adicionalmente, Baeza y otros sostienen que el comercio internacional de mercaderías puede encontrar obstáculos producto de la diversidad de criterios legislativos de cada Estado en las materias que ocupan la Convención, lo cual retarda las operaciones de intercambio y dificultando la solución de controversias, a lo que se le puede añadir que encarece dichas operaciones comerciales. Por lo que en su criterio, la “Convención resulta un punto de unión de las diferentes escuelas jurídicas, permitiendo hablar un lenguaje común, introduciendo conceptos universales y minimizando así el conflicto de leyes.”¹³

⁹ Patricia Leal Barros. «El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Privado*, 33 (2017): 162. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6213618.pdf>

¹⁰ Patricia Leal Barros. «El derecho de retención en la Convención...», 162.

¹¹ Según el Índice de Innovación Global (GII) que clasifica las economías mundiales según su capacidades innovación y consta de aproximadamente 80 indicadores, agrupados en insumos de innovación y resultados, el China ocupa el puesto 12 entre las 132 economías que figuran en el GII 2021. Asimismo, ocupa el 1º lugar entre los 34 grupos de ingresos medios altos economías, y el 3º lugar entre las 17 economías del Sudeste Asiático, Oriente Asia y Oceanía. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI. *Índice Mundial de Innovación 2021. Seguimiento de la innovación durante la crisis de la COVID-19*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2021/cn.pdf

¹² YunLi. «La modernización del Derecho de obligaciones y contratos desde la perspectiva de Derecho comparado: el incumplimiento contractual a modo de muestra». *Anales de derecho*, 39 (2022): 5. <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/118555>

¹³ María Manuela Baeza, Joaquín Berriolo Álvarez y Pablo Pereira Brause. «La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la Convención ...», 180.

La Guía jurídica de instrumentos informa que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,¹⁴ en su tercera y más extensa parte, incluye los artículos 25 a 88, ambos inclusive, y se encuentra dividida en cinco capítulos, todos con incidencia e importancia en cuanto a la determinación de las situaciones que dan lugar a incumplimiento del contrato, ya que se refiere además de las consideraciones generales (artículos 25 al 29), se establecen: las obligaciones del vendedor (artículos 30 a 52), la entrega de las mercaderías y de los documentos (artículos 31 a 34), la conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros (artículos 35 a 44), luego, los derechos y acciones en caso de incumplimiento de contrato por el vendedor (artículos 45 a 52).

El capítulo III consagra las obligaciones del comprador: pago del precio y recepción y los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador (artículos 53 a 65). Luego, el capítulo V establece las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador (artículos 71 a 88), y en lo que corresponde al tópico de esta investigación resultan relevantes acerca del incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas, la indemnización de daños y perjuicios.

Pero, ¿cuáles son las situaciones de incumplimiento del contrato de compraventa según la convención que deben ser remediados? Para abonar a la respuesta de esta interrogante es menester revisar y enlistar las obligaciones de las partes, puesto que como se mencionó el incumplimiento en sentido general deviene de no honrar las obligaciones acordadas en la oportunidad de celebración del contrato.

En primer término, la convención se refiere a las obligaciones del vendedor, la cuales giran en torno a tres compromisos claros: entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas.

1.- La obligación de entrega de la mercadería puede ser pactada por las partes en una forma particular o específica, en caso contrario, es decir, cuando no haya convención entre las partes, la convención establece que esta obligación se satisface conforme los siguientes extremos:

- 1.1 cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;
- 1.2. cuando no implique el transporte de las mercaderías, y el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;
- 1.3. en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

¹⁴ CNUDMI, Conferencia de La Haya y Unidroit. *Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa*. (Oficina de las Naciones Unidas en Viena, 2021. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf).

1.4. Enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías, en aquellos supuestos en los cuales las mercaderías se han colocado en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo.

1.5. En los casos que estuviere, conforme al contrato, obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.

1.6. Deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar el seguro de transporte, cuando el vendedor no estuviere obligado a contratar ese seguro.

1.7. Cumplir con la entrega de la mercadería en la oportunidad que corresponda según lo acordado en el contrato, que podrá ser: a fecha cierta (término), dentro de un lapso, o entro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

2.- La obligación de entrega de documentos, en los casos en que sea acordada por las partes, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en la convención.

Sobre las obligaciones del vendedor, el Compendio de Jurisprudencia¹⁵ incorpora que adicionalmente a las obligaciones establecidas de manera expresa en el texto de la Convención, el vendedor también deberá cumplir las demás obligaciones previstas en el contrato y cualquier otro deber derivado de un uso o práctica existente entre las partes según lo dispuesto en el artículo 9, según el cual “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”; y “salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.” Como ejemplo se cita el deber contractual de proveer exclusivamente al comprador, que quedó asentado en el caso CLOUT núm. 2, *Oberlandesgericht Frankfurt a. M.*, Alemania, 17 de septiembre de 1991, según el cual:

Un fabricante italiano convino en producir 130 pares de zapatos con arreglo a las especificaciones formuladas por un comprador alemán, lo que debía servir de base para pedidos ulteriores. El fabricante expuso en una feria comercial algunos zapatos producidos con arreglo a las especificaciones indicadas, bajo una marca comercial cuya licencia correspondía al comprador. Cuando el fabricante se negó a retirar esos zapatos, el comprador, un día después de terminada la feria, comunicó por télex al fabricante que suspendía la relación y no pagaría los 130 pares de zapatos de muestra, que ya no tenían utilidad para él.

¹⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Naciones Unidas, Viena, 2017. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_digest_2016_s.pdf

El tribunal aplicó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa como ley italiana pertinente con arreglo al derecho internacional privado alemán y consideró que el acuerdo alcanzado constituía un contrato de compraventa según el párrafo 1 del artículo 3 de la mencionada Convención. Consideró que el comprador había declarado oportuna y eficazmente la invalidez del contrato y que el incumplimiento por el fabricante de la obligación subsidiaria de mantener la exclusividad constituía un incumplimiento fundamental del contrato en virtud del artículo 25 de la mencionada Convención ya que ponía en peligro la finalidad del contrato en grado tal que, como el fabricante podía considerar previsible, el comprador perdía todo interés en el contrato.¹⁶

En lo que corresponde a las obligaciones del comprador, el pago del precio en la oportunidad y en la forma acordada en el contrato y en la Convención, es sin duda su principal obligación, la cual, a tenor de la disposición de la Convención, comprende la obligación de 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.

Ahora bien, del no cumplimiento de todos o algunas de estas obligaciones de las partes en el contrato de compraventa que se encuentra sometido a la Convención, es que puede provenir un incumplimiento esencial, conforme al artículo 25 que expresa que es aquel que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.¹⁷

Este incumplimiento esencial, y la falta de pago oportuno como incumplimiento del comprador, han sido descritos por la jurisprudencia en el caso CLOUT núm. 631 del Tribunal Supremo de Queensland, Australia, de fecha 17 de noviembre de 2000,

El caso versa sobre una serie de cuestiones: si el hecho de no presentar una carta de crédito a tiempo constituyó un incumplimiento esencial del contrato, si el vendedor tenía derecho a declarar resuelto el contrato y exigir que el comprador se haga cargo de las pérdidas considerando la rescisión y/o incumplimiento de un plazo esencial del contrato por parte de éste y si el vendedor ha tomado medidas razonables para mitigar los daños y perjuicios. La aplicabilidad de la CIM no era objeto de controversia.

La empresa australiana *Downs Investment* (el vendedor) celebró un contrato con la empresa malasia *Perwaja Steel* (el comprador) de compraventa y envío de chatarra de acero desde Australia a Malasia. Según el contrato, era preciso que, antes del envío, el comprador presentara una carta de crédito irrevocable a favor del vendedor. Poco antes de presentar la carta de crédito, cambiaron la estructura y la gerencia de la empresa compradora. Bajo la nueva dirección, el comprador se vio obligado a obtener el permiso de un comité ejecutivo antes de poder presentar una carta de crédito. El comprador no entregó la carta de crédito cuando el vendedor así lo solicitó, dado que el comité ejecutivo no pudo darle ninguna instrucción dentro de un plazo acotado. Después de recibir esta comunicación del comprador, el vendedor respondió dispuesto a aceptar la rescisión de las obligaciones contractuales por parte del comprador y resolvió el contrato.

El caso fue elevado al Tribunal Supremo de Queensland. El tribunal sostuvo que correspondía aplicar la Ley de compraventa de mercaderías (Convenio de Viena), de 1986 (Qld), para resolver la controversia, dado que las partes del contrato habían acordado que el derecho que se aplicara en Brisbane definiría sus obligaciones contractuales y que la Ley exigía la aplicación de la CIM.

De conformidad con el artículo 64 de la CIM, el tribunal determinó que el vendedor podía declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones constituía

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 1993. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/855/99/IMG/V9385599.pdf?OpenElement>

¹⁷ Artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

un incumplimiento esencial del contrato. Luego aplicó el concepto de “incumplimiento esencial” tal como se define en el artículo 25 de la CIM. En la opinión del tribunal, la negativa a presentar una carta de crédito a su debido tiempo constituía a las claras un incumplimiento esencial del contrato en el sentido de los artículos 25 y 64 1) a) de la Convención.

Asimismo, el tribunal consideró aplicar el artículo 72 de la CIM y concluyó que si antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes habría de incurrir en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podía declararlo resuelto. Si había tiempo para ello, el vendedor tenía la obligación de comunicarlo con antelación razonable al comprador para que éste pudiera dar seguridades suficientes de que cumpliría sus obligaciones.

El tribunal dictaminó que por no haber presentado una carta de crédito, en las circunstancias del caso el comprador no cumplió con su “obligación de pagar el precio” de las mercaderías en el sentido del artículo 54 de la CIM, en virtud del cual la obligación del comprador de pagar el precio comprende la de 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. El cambio de la estructura directiva de la empresa compradora, que exigía que un comité ejecutivo aprobara toda carta de crédito, y la negativa de dicho comité no se consideró excusa válida a los fines jurídicos.¹⁸

2. Los conceptos reclamables por el incumplimiento del contrato en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

De conformidad con lo establecido en la Convención en el caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a dicha Convención, el comprador podrá ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52, a saber:

1.- Exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2.- Exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Resulta interesante mencionar que la Convención dispone que en el caso que el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia, que conforme la *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI* si bien es una situación que puede ser considerada como una cuestión procesal y, por tanto, ajena al campo de aplicación de la Convención, en el artículo 45, párrafo 3, queda explícitamente excluida, siendo una disposición dirigida a los jueces y árbitros; ya que las partes son libres de ampliar o modificar el plazo de cumplimiento en cualquier momento.¹⁹ Igual situación se plantea en el caso del comprador que incumple sus obligaciones, incluso la del pago del precio, la CNUDMI en la recopilación jurisprudencial detalla al respecto que:

De conformidad con el artículo 61, párrafo 3, un juez o un árbitro no están facultados para conceder al comprador un plazo de gracia para el cumplimiento de sus obligaciones, incluida la de pagar el precio. Se ha estimado que los plazos de gracia dispuestos en varios ordenamientos jurídicos nacionales son contrarios a las necesidades del comercio internacional. Solo el vendedor puede otorgar al comprador un plazo suplementario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, se acepta generalmente que las normas internas relativas a los procedimientos de insolvencia siguen siendo aplicables y, en consecuencia, prevalecen sobre el artículo 61, párrafo 3.²⁰

¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 2006. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/557/42/PDF/V0655742.pdf?OpenElement>

¹⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención...*, 249.

²⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención...*, 325.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, conforme a la Convención el vendedor podrá ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65, a saber:

1. Exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2. Podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.

3. Exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Ni el comprador ni el vendedor perderán, según sea el caso, el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios, aunque ejercitarán cualquier otra acción conforme a su derecho.

Ahora bien, la Guía jurídica, detalla que la Convención que, en caso de incumplimiento del contrato, la acción prevista que tiene mayor importancia en la práctica es la de indemnización de los daños y perjuicios, que puede ejercitar tanto el comprador conforme a lo establecido en el párrafo 1 b) del artículo 45, como el vendedor según el párrafo 1 b) del artículo 61.

Así que conforme al contenido del artículo 74 la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes, vendedor o comprador, comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Si bien se aplica el principio del resarcimiento íntegro, este se limita a las pérdidas que la parte incumplidora podía haber previsto en el momento de la celebración del contrato. Para determinar la indemnización no es necesario demostrar la culpa de la parte incumplidora, sino que basta con que haya pruebas de un nexo causal entre la conducta de la parte incumplidora y los daños y perjuicios causados, que también deben demostrarse.²¹

Por su parte, el cálculo de la indemnización y las exoneraciones que pueden resultar aplicables se rigen por los artículos 74 a 77, 79 y 80, en los cuales

se enuncian las fórmulas de cálculo de los daños y perjuicios aplicables tanto a las demandas del vendedor agraviado como a las del comprador agraviado. Esas disposiciones son exhaustivas y excluyen el recurso al derecho interno.

Los artículos 75 y 76 solo se aplican en caso de que el contrato se haya declarado resuelto. En el artículo 75 se calcula la cuantía de los daños y perjuicios remitiéndose expresamente al precio de una operación de reemplazo, mientras que en el artículo 76 se calcula esa cuantía en abstracto basándose en el precio corriente en el mercado. En el artículo 76, párrafo 1, se dispone que la parte agraviada no podrá calcular sus daños y perjuicios con arreglo al artículo 76 si ha celebrado una operación de reemplazo conforme al artículo 75. No obstante, si una parte agraviada celebra

²¹ CNUDMI, Conferencia de La Haya y Unidroit. *Guía jurídica sobre...*, 72.

una operación de reemplazo por una cantidad de mercaderías inferior a la prevista en el contrato, serán aplicables tanto el artículo 75 como el 76.²²

Se puede anotar como ejemplo de la aplicación del contenido de esos artículos de la Convención el caso CLOUT núm. 130 *Oberlandesgericht Düsseldorf*, Alemania, 14 de enero de 1994, conforme el cual:

El demandado, una compañía alemana, encargó 140 pares de zapatos de invierno al demandante, un fabricante italiano de calzado. Después de fabricar los zapatos encargados, el demandante solicitó una garantía del precio de venta, ya que el demandado tenía que abonarle otras facturas. No obstante, el demandado no pagó el encargo ni prestó la garantía solicitada. En consecuencia, el demandante declaró resuelto el contrato y revendió los zapatos a otros minoristas: sólo 21 pares al precio convenido con el demandado y 109 pares a un precio muy inferior, quedándoles 10 pares sin vender.

El demandante solicitó indemnización por diversos daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato: 1) una indemnización por la diferencia entre el precio del contrato y el de las operaciones de reemplazo; 2) los honorarios de su abogado; 3) una pérdida por concepto de intereses del 16,5%; 4) una pérdida por concepto de tipo de cambio del 15%; y 5) unos intereses corrientes del 16,5%. El demandado admitió su responsabilidad en general pero discutió la cuantía de los daños y perjuicios, atribuyéndola a que el demandante no había revendido los zapatos de una forma razonable.

El tribunal de apelación estimó que el demandante tenía derecho a declarar resuelto el contrato de conformidad con el artículo 72 de la CIM y, en consecuencia, le concedió los derechos enumerados en los artículos 74 y 75. De esa forma, el demandante pudo obtener la diferencia entre el precio del contrato y el de las operaciones de reemplazo (artículo 75). Además, el tribunal estimó que el demandante había realizado la reventa en el plazo razonable, observando que no estaba obligado a revender los zapatos antes de la fecha de la resolución del contrato. En opinión del tribunal, una reventa realizada casi dos meses después de la resolución (resolución, el 7 de agosto; reventa, los días 6 y 15 de octubre) estaba aún comprendida dentro de un plazo razonable y no constituía un incumplimiento de la obligación del demandante, en virtud del artículo 77 de la CIM, de reducir la pérdida. A ese respecto, aceptó el argumento del demandante de que había ofrecido los zapatos en el mercado italiano y, en el mes de agosto, la mayoría de los minoristas habían repuesto ya sus existencias para la siguiente temporada y no tenían motivos para comprar otras mercaderías para la temporada invernal.

El tribunal concedió también la indemnización por concepto de intereses, de conformidad con el artículo 74 de la CIM. El demandante adujo que había utilizado un préstamo bancario de un interés del 16,5% y el tribunal admitió su alegación, de conformidad con el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil alemán. Sin embargo, rechazó la solicitud del demandante de que se le abonaran los honorarios de su abogado. Aunque esos honorarios, en general, podrían obtenerse en virtud del artículo 74 de la CIM, en aquel caso se hubieran traducido en una doble indemnización, ya que el abogado había reclamado ya sus honorarios por el procedimiento especial de fijación de costas.

El tribunal rechazó también la pretensión del demandante de ser indemnizado de la pérdida sufrida por concepto del tipo de cambio entre la lira italiana y el marco alemán. Estimó que no existía una costumbre general de cambiar el precio pagado en moneda local a otra extranjera, salvo que esa fuera la práctica habitual del demandante. Como esto no pudo probarse, estimo que el demandante no había sufrido tal perjuicio.²³

Otra sentencia relevante en materia de daños y perjuicios es el precitado caso CLOUT núm. 631 del Tribunal Supremo de Queensland, Australia, de fecha 17 de noviembre de 2000 que al respecto indica:

²² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención...*, 377.

²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 1996. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/853/33/IMG/V9685333.pdf?OpenElement>

Una vez que se estableció que el incumplimiento del contrato por parte del comprador causó pérdidas significativas al vendedor, el tribunal se remitió a los artículos 74 y 75 de la CIM para determinar los daños y perjuicios ocasionados. El tribunal admitió que la pronta subcontratación del buque original fue una medida razonable (en el sentido del artículo 77 de la CIM) para minimizar los daños y perjuicios que sufrió el vendedor al tener un gran buque inmovilizado, a costa propia, y no poder emplearlo para enviar la chatarra de acero al comprador.

También manifestó que la reventa de la chatarra a otro comprador dentro de los dos meses posteriores a la fecha en que el vendedor aceptara la rescisión del contrato por parte del comprador claramente cumplía los requisitos previstos en el artículo 75 de la CIM, ya que se realizó dentro de un plazo razonable. Según el tribunal, el vendedor no demoró en tomar las medidas necesarias para mitigar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de que el comprador rescindiera el contrato.

Por consiguiente, el tribunal falló a favor del vendedor, incluso en lo que respecta a los intereses (artículo 78 de la CIM).²⁴

También es oportuno referir a la fórmula de la cuantía de la indemnización se establece con arreglo a los artículos 74 a 76 de la Convención, y según el Compendio jurisprudencial, estas disposiciones contienen reglas para calcular la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios, pero no constituyen la base para interponer demandas al respecto. Así, en la primera parte de la disposición contenida en el artículo 74 destaca que la indemnización de daños y perjuicios a una parte agraviada consistirá en una suma de dinero que compense el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener producto o como consecuencia del incumplimiento. El Compendio jurisprudencial anota que han sido las sentencias con arreglo a la Convención que permiten elaborar una clasificación de los daños y perjuicios,

Se ha fallado que el comprador que ha recibido mercaderías no conformes y no ha declarado resuelto el contrato tiene derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con el artículo 74, midiendo la diferencia entre el valor de las mercaderías que haya contratado y el valor de las mercaderías no conformes que fueron realmente entregadas. Un tribunal dictaminó que las sumas que la parte agraviada había pagado como penalización administrativa en relación con el incumplimiento del contrato no deberían compensarse como daños y perjuicios contractuales.²⁵

Por otra parte, es menester anotar que si bien la Convención no se refiere de manera expresa al derecho de retención, se revela a primera vista tres artículos (el numeral 2) 71, 85 y 86) que se aproximan a dicho remedio, que según Leal permiten indicar sus características, facultades, modos de extinción y su carácter de remedio por los efectos del incumplimiento.²⁶

El derecho de retención, que se encuentra consagrado en el derecho mercantil venezolano, específicamente en los artículos 122 y 123 del Código de Comercio, que atienden las obligaciones y los contratos mercantiles, y establecen al derecho de retención garantía como una “garantía de acreencias vencidas” de un comerciante contra otro comerciante, originadas de acto de comercio para ambas partes, así el acreedor puede ejercer este derecho sobre las cosas muebles y valores pertenecientes a su deudor, que estén en posesión de aquél con el consentimiento de éste, por causa de operación mercantil, y mientras subsista tal posesión.

También se consagra el derecho de retención como parte de los derechos que tienen el comisionista mercantil según se expone en el artículo 393 y 394 *ejusdem*.

²⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia de los tribunales sobre...*, 7.

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Compendio de jurisprudencia relativa a...*, 382.

²⁶ Patricia Leal Barros. «El derecho de retención en la Convención...», 163.

Aunque, Leal advierte que en el caso del artículo 71 de la Convención, que consagra en su numeral 2) que el vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas.

Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías; si bien es un remedio en caso de posible incumplimiento del contrato, no establece un derecho de retención, sino un derecho a suspender el cumplimiento.

Se trata de un caso de excepción de incumplimiento previsible, que opera como una medida de defensa del acreedor cuando existe un riesgo evidente de que la otra parte no podrá cumplir con su prestación, suspendiendo el acreedor el cumplimiento de la propia obligación hasta que el deudor cumpla o dé garantías de futuro cumplimiento.²⁷

En lo que respecta a las disposiciones de los artículos 85 y 86 de la Convención que atienden lo relativo a la conservación de mercadería, se puede inferir que no se trata propiamente de una garantía como el derecho de retención conforme a la legislación comercial interna, al menos la venezolana, sino que como expone Leal establecen que en ciertas circunstancias tanto comprador como vendedor deben conservar las mercaderías a nombre y cargo de la contraparte.

Así, el artículo 85 dispone el derecho del vendedor a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado, cuando el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio.

Por su parte, el artículo 86 establece las situaciones en las cuales, es el comprador quien ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la Convención, tiene derecho de retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado; situación que también puede tener lugar en el caso en el cual las mercaderías han sido entregadas en un sitio distinto al dispuesto por el comprador. En todo caso se trata de disposiciones que buscan atender por medio de remedios convencionales al mayor número de situaciones de incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías.

CONCLUSIONES

Aunque Venezuela firmó en el año 1981 la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, a la fecha no la ha ratificado, nada impide que sus disposiciones sean un referente para establecer de manera contractual el contenido y alcance de las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, así como las situaciones que dan lugar al incumplimiento de esas obligaciones y muy especialmente los remedios que pretenden indemnizar los posibles daños y perjuicios producidos.

²⁷ Patricia Leal Barros. «El derecho de retención en la Convención...», 174.

Por otra parte, los documentos elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y que se mantienen actualizados por esa comisión, en los cuales se realizan análisis de sentencias, especialmente en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales y de la propia Convención, permiten constituir el conjunto de parámetros interpretativos de la normativa unificadora en esta importante materia que, sin duda, resulta ser el motor de la economía y de los mercados a nivel mundial.

BIBLIOGRAFÍA

- Baeza, María Manuela; Berriolo Álvarez, Joaquín y Pereira Brause, Pablo. «La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, 37 (2020): 179-197.
<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/698/806>
- CNUDMI, Conferencia de La Haya y Unidroit. *Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa*. 2021.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Naciones Unidas, Viena, 2017.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_digest_2016_s.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 1993. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/855/99/IMG/V9385599.pdf?OpenElement>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 2006. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/557/42/PDF/V0655742.pdf?OpenElement>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. *Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Resumen*. Naciones Unidas, Viena, 1996. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/853/33/IMG/V9685333.pdf?OpenElement>
- Domínguez Guillén, María Candelaria y Pérez Fernández, Carlos. «Aspectos generales de los modos de adquirir la propiedad en el Derecho venezolano», *Revista Venezolana de*

Legislación y Jurisprudencia, 15 (2020): 71-100. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/12/RVLJ-15-71-100.pdf>

Domínguez Guillén, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Caracas – Venezuela: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017.

Leal Barros, Patricia. «El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Privado*, 33 (2017): 161-192. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6213618.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI. *Índice Mundial de Innovación 2021. Seguimiento de la innovación durante la crisis de la COVID-19*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2021/cn.pdf

YunLi. «La modernización del Derecho de obligaciones y contratos desde la perspectiva de Derecho comparado: el incumplimiento contractual a modo de muestra». *Anales de derecho*, 39 (2022): 1-27. <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/118555>

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 Francescakis (Phocion Francescakis, *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”, *Revist@ 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)

Las obligaciones del vendedor según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Carlos Dominguez Hernández*

Diego Thomás Castagnino**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 76-96

Resumen: El objetivo de este trabajo es explicar las obligaciones del vendedor según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, se hará referencia a decisiones judiciales, laudos arbitrales y se contrastará con las disposiciones de derecho interno venezolano a los fines de comprobar su compatibilidad, con el propósito de contribuir con los esfuerzos para promover y conseguir la pronta ratificación por parte de Venezuela de la Convención.

Palabras claves: CISG, compraventa, contrato.

The seller's obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Abstract: *The objective of this paper is to explain the obligations of the seller according to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, reference will be made to judicial decisions, arbitration awards and will be contrasted with the provisions of Venezuelan internal law to verify its compatibility, with the purpose of contributing to the efforts to promote and achieve prompt ratification by Venezuela of the Convention.*

Keywords: *CISG, sale, contract.*

Autores invitados

Recibido: 12/07/2022

Aprobado: 16/08/2022

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Católica Andres Bello. Intellectual Property Summer Institute (IPSI) Franklin Pierce Law Center E.E.U.U. Academy of American and International Law. Institute for International and Comparative Law. E.E.U.U. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andres Bello. Miembro del Advisory Board del Foro Latinoamericano de la International Bar Association. Profesor de Tópicos Avanzados de Derecho Mercantil, Universidad Metropolitana. Profesor de Derecho Concursal, Universidad Católica Andres Bello. Miembro del Comité Ejecutivo de SOVEDEM.

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil, UCAB y UCV. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial, Especialización en Derecho Mercantil, UCV. Profesor de Contratación Mercantil, Especialización en Derecho Mercantil, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Las obligaciones del vendedor según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Carlos Dominguez Hernández*

Diego Tomás Castagnino**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 76-96

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. De las obligaciones del vendedor. 2. Entrega de las mercaderías, transferencia de la propiedad y obligaciones consecuenciales. 3. Entrega de los documentos. 4. Entrega de la mercadería en cuanto a tipo, cantidad, calidad y embalaje o envase. 5. Entrega de la mercadería libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero. 6. Obligaciones relacionadas con el momento de la entrega. 7. Obligaciones relativas al lugar de la entrega. 8. Obligaciones de entrega cuando entra en juego el transporte de las mercaderías. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El contrato de compraventa es sin dudas el contrato más utilizado por los comerciantes, y específicamente, el de compraventa internacional es por excelencia el medio que facilita el intercambio de bienes en el mundo, razón por la cual, viene a ser la principal fuente de las obligaciones en el marco del comercio internacional en todos los países, independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico.

El principal reto desde el punto de vista jurídico que presenta este tipo de relaciones es su carácter internacional, debido a que las partes se encuentran en distintos Estados, y, por ende, son sujetos de derecho sometidos a ordenamientos jurídicos diferentes, lo cual puede traer como consecuencia complicaciones en torno a la determinación del derecho aplicable al negocio jurídico y a la jurisdicción competente para la solución de controversias.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Católica Andres Bello. Intellectual Property Summer Institute (IPSI) Franklin Pierce Law Center E.E.U.U. Academy of American and International Law. Institute for International and Comparative Law. E.E.U.U. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andres Bello. Miembro del Advisory Board del Foro Latinoamericano de la International Bar Association. Profesor de Tópicos Avanzados de Derecho Mercantil, Universidad Metropolitana. Profesor de Derecho Concursal, Universidad Católica Andres Bello. Miembro del Comité Ejecutivo de SOVEDEM.

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil, UCAB y UCV. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial, Especialización en Derecho Mercantil, UCV. Profesor de Contratación Mercantil, Especialización en Derecho Mercantil, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Es por ello que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en inglés) inició esfuerzos en 1930 para ofrecer a los usuarios un derecho uniforme, pero fue solo después de varias interrupciones, y de intentos fallidos, cuando finalmente en 1980, se logró el objetivo con el nacimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo, “CISG” por sus siglas en inglés).

Si bien la CISG no define expresamente el concepto de contrato de compraventa internacional, de sus estipulaciones es posible inferir que se trata de un contrato que no está sujeto a ningún requisito formal¹, en el que las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes² y son denominadas vendedor y comprador³, en donde el primero, se obliga a entregar mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas⁴, en las condiciones establecidas por las partes, a cambio de un precio a cuyo pago se obliga el comprador, quien además, se obliga a recibir las mercaderías en las condiciones establecidas en el contrato⁵.

La finalidad de la CISG es prever un régimen uniforme, actualizado y equitativo, que contribuya con la generación de confianza, agilización del tráfico de mercaderías, y disminución de conflictos, ya que a medida en que las partes cuenten con reglas claras, podrán saber desde el principio a qué atenerse.

La CISG es considerada la Convención más exitosa en lo referente a esfuerzos de unificación de normas por la cantidad y diversidad de países que la suscribieron y ratificaron, también, por la calidad de su contenido, y por el valor que ha generado en el tráfico mercantil internacional.

Sin embargo, para el momento de redacción del presente trabajo⁶, Venezuela no la ha ratificado, a pesar de haber firmado el texto el 28 de septiembre de 1981. No hay justificación para no ratificarla, se trata de un instrumento que es perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como se demostrará a lo largo del presente trabajo, al menos en lo que respecta a las obligaciones del vendedor.

Las obligaciones del vendedor se encuentran reguladas en el Capítulo II de la Parte III de la CISG, bajo el título: “Obligaciones del vendedor”, con tres secciones: “Entrega de las mercaderías y de los documentos”, “Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros”, y “Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor”.

En el presente trabajo se explicarán cada una de las obligaciones del vendedor según la CISG, se hará referencia a decisiones judiciales, laudos arbitrales y otros textos jurídicos en cuya preparación o aprobación ha intervenido la UNCITRAL, y se contrastará con las disposiciones de

¹ Artículo 11 CISG

² Artículo 1 CISG

³ Artículo 4 CISG

⁴ Artículo 30 CISG

⁵ Artículo 53 CISG

⁶ Julio de 2022

derecho interno venezolano a los fines de comprobar su compatibilidad con la CISG, y contribuir con los esfuerzos para promover y conseguir su pronta ratificación por parte de Venezuela.

1. De las obligaciones del vendedor

El artículo 30 de la CISG señala que las principales obligaciones que debe cumplir el vendedor son: i) entregar las mercaderías, ii) transmitir su propiedad y iii) entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas. Conforme a este artículo, las tres obligaciones estarán determinadas principalmente por los términos del contrato ya que la Convención le otorga una especial importancia al principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, por lo que las disposiciones de la CISG aplicarán en la medida que el contrato no disponga otra cosa.

No obstante, hay que hacer las siguientes aclaratorias. La primera, es que en vista de que uno de los principios rectores de la CISG es el de la libre autonomía de la voluntad de las partes⁷, el vendedor también estará obligado a cumplir con las demás obligaciones que puedan estar previstas en el contrato, por ejemplo, el deber contractual de suministrar exclusivamente al comprador⁸.

La segunda aclaratoria, es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la CISG, el vendedor también quedará obligado, salvo pacto en contrario, sobre un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Casualmente, también el artículo 9 del Código de Comercio venezolano, también establece las costumbres mercantiles como fuente de derecho ante el silencio de la Ley.

Por último, tal y como se explicará más adelante, cada una de las obligaciones principales señaladas en el artículo 30 *ejusdem* contienen obligaciones consecuenciales en cabeza del vendedor, que por ser consecuenciales no significa que sean menos importantes ni que no sean de obligatorio cumplimiento, por lo que deben tomarse en cuenta con la misma rigurosidad con la que se toman a las obligaciones principales.

En cuanto a la legislación mercantil venezolana, es necesario señalar que no existe una teoría general de las obligaciones y de los contratos mercantiles distinta a la contenida en el Código Civil⁹ y formulada con carácter general no sólo para el derecho privado, sino también para el derecho público¹⁰. Sobre todo, no existe un concepto de obligación y de contrato distinto al único formulado por el derecho civil. Si bien el contrato de compraventa mercantil cuenta con regulación

⁷ CLOUT No 432 [Landgericht Stendal, Alemania, 12 de octubre de 2000] y CLOUT No 608 [Trib. Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 31.

⁸ CLOUT No 2 [Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 17 de septiembre de 1991], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 96.

⁹ Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria, del 26 de Julio de 1982.

¹⁰ Alfredo Morles Hernández. Curso de derecho mercantil. Los contratos mercantiles. Tomo 4. A B ediciones. Caracas. (2017): 3.

especial en el Código de Comercio¹¹, sus aspectos modulares son tratados por el Código Civil, los cuales serán analizados a lo largo del presente trabajo, o en leyes especiales que puedan regular contratos mercantiles específicos.

2. Entrega de las mercaderías, transferencia de la propiedad y obligaciones consecuenciales

La entrega de las mercaderías objeto del contrato es una obligación esencial que asume el vendedor y se encuentra regulada en el artículo 30 de la CISG. Dicha entrega debe efectuarse en el momento y lugar acordado, así como, bajo los términos de calidad y cantidad estipulados en el contrato.

El referido artículo 30 no señala expresamente a quien el vendedor deberá entregarle las mercaderías, y la razón es porque se trata de una regulación de un contrato de compraventa internacional en donde el transporte es un elemento que suele estar presente, por lo que, la entrega podrá efectuarse al comprador o al transportista, según sea el caso, o como lo hayan acordado las partes.

La CISG tampoco contiene una definición de “entrega”, pero puede entenderse como el acto en virtud del cual el vendedor pone en poder del comprador, o a quien este designe, la tenencia pacífica de la cosa vendida. Así, el verdadero sentido o consecuencia de ese acto de “entrega” (que es la tenencia o posición pacífica) no se encuentra cubierta solo por esa expresión entendida de manera estricta.

En el derecho venezolano el Código Civil establece en su artículo 1486 que las principales obligaciones del vendedor son: la tradición y el saneamiento de la cosa vendida, a las que hay que añadirle la obligación de transferir, señalada en la definición legal de la venta del artículo 1474 *ejusdem*. A diferencia de la CISG, el Código Civil define la tradición, en su artículo 1487, al señalar que la misma se verifica cuando el vendedor pone la cosa vendida en posesión del comprador. De tal manera que, tanto a nivel de la Convención como en el derecho interno, queda diferenciados los campos de la obligación de transferir y de hacer la tradición (o de entregar, como prefiere llamarlo la CISG).

En todo caso, y desde el punto de vista del derecho de las obligaciones, en el contrato de compraventa de mercaderías el vendedor asume una obligación de dar, de la cual se derivan dos obligaciones consecuenciales: la de entregar la cosa vendida, y la de conservarla hasta la entrega.

En vista de que la CISG no estipula ningún tipo de formalidad que el vendedor deba seguir para poner las mercancías a disposición del comprador, será fundamental regular esta situación directamente en el contrato para evitar desavenencias durante su ejecución. Ante la falta de regulación, el vendedor deberá ejecutar su obligación de entrega bajo el principio de la buena fe contractual, procurando siempre alcanzar el propósito del negocio jurídico celebrado con el comprador.

¹¹ Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

En este sentido, claro es el artículo 1160 del Código Civil venezolano que establece no solo que los contratos deben ejecutarse de buena fe, sino que además obligan no solo a cumplir todo lo expresado en estos sino a todas las consecuencias que se derivan del contrato mismo, según la equidad, el uso y la ley.

En el derecho venezolano, el artículo 1489 del Código Civil señala que la tradición de los muebles se hace por la entrega real de ellos, o por el solo consentimiento de las partes, si la entrega real no puede efectuarse en el momento de la venta, o si el comprador los tenía ya en su poder por cualquier otro título. Además, el artículo 149 del Código de Comercio establece que la entrega de la cosa vendida también se puede hacer:

- 1) Por el envío que de ella haga el vendedor al comprador a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato; a menos que la remita a un agente suyo con orden de no entregarla hasta que el comprador pague el precio.
- 2) Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o de factura, en los casos de venta de mercancías que están en tránsito.
- 3) Por el hecho de poner el comprador su marca a las mercancías compradas, con el consentimiento del vendedor.

En cuanto a la transmisión de la propiedad, se debe recordar que es una consecuencia directa de la entrega de la mercadería, ya que el fin último del contrato de compraventa es precisamente que ocurra la transferencia de la propiedad sobre los bienes que el vendedor le entrega al comprador a cambio de un precio. El artículo 1474 del Código Civil define a la venta como un “contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio”.

Sin embargo, es necesario aclarar que, si bien el artículo 30 de la CISG establece la obligación del vendedor de transmitir la propiedad, el artículo 4.b *ejusdem* señala que la Convención no concierne a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Debido a ello, tales efectos quedarán sometidos al derecho interno aplicable, el cual será determinado por las normas de derecho internacional privado del foro.

Por otro lado, la CISG distingue tres escenarios distintos que podrían presentarse durante la ejecución de la obligación de entrega de las mercaderías por parte del vendedor: i) que la mercadería sea considerada como “conforme”, ii) que la mercadería sea “no conforme”, y (iii) que la mercadería no sea entregada en lo absoluto.

La mercancía se considera “conforme”, cuando el vendedor cumplió cabalmente con las obligaciones establecidas en el contrato y en la Convención, es decir, la entrega de la mercadería se ejecutó en cumplimiento con los términos pactados por las partes. Bajo este escenario no hay conflicto, las expectativas del comprador fueron satisfechas. El artículo 35 de la CISG señala que la mercadería debe reunir los requisitos acordados por las partes en el contrato o servir para aquello a lo que está destinada, cumpliendo con la calidad mínima que debe tener de acuerdo con las costumbres en el mercado.

La conformidad hay que tratarla desde una óptica material y jurídica. La conformidad material está vinculada con el estado físico de la mercadería, lo cual significa que debe cumplir con los estándares acordados, y la jurídica, se refiere a que la mercadería se encuentre libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Convención, tal y como se explicará más adelante. Situación similar se exige en el derecho interno venezolano, ya que el artículo 1503 del CC señala que el vendedor se obliga ante el comprador por la posesión pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos de la misma.

Si en cambio, la mercancía es considerada como “no conforme”, se entiende que la entrega no se realizó según lo pactado, el vendedor entregó algo que no se le pidió, o que no cumplió con las cantidades o calidad exigida en el contrato (el artículo 51 de la CISG regula la entrega parcial y la entrega parcialmente no conforme), es decir, existe una falta grave por parte del vendedor, por lo que el comprador se ve en la necesidad de calificar la entrega de no conforme. Ante este escenario, el artículo 36 de la CISG dispone que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

Por su parte, la legislación venezolana establece en los artículos 144 y 145 del Código de Comercio, los plazos de los cuales dispone el comprador para denunciar los vicios aparentes y ocultos, incluso en los casos de las mercancías entregadas en fardos o bajo cubierta, y también precisan que no podrá haber reclamaciones por defecto de calidad o cantidad si la mercancía se examinó al tiempo de la entrega y no se hizo reserva.

Finalmente, el tercer escenario es el extremadamente negativo, y es cuando la mercadería no fue entregada, se trata de un incumplimiento total. En todo caso, el artículo 45 de la CISG señala el conjunto de recursos que dispone el comprador ante los incumplimientos del vendedor, que al igual y como ocurre con el derecho venezolano, el comprador podrá optar el comprador podrá optar por pedir el cumplimiento o resolución del contrato, más los daños y perjuicios si los hubiere.

Con la obligación de entrega de la mercadería el vendedor asume unas obligaciones consecuenciales, o adicionales, que se desprenden de la redacción del artículo 32 de la CISG, y que se pueden enumerar de la siguiente manera: i) identificar la mercadería; ii) envío de aviso de expedición al comprador cuando pusiere la mercadería en poder de un porteador y estas no estuvieren claramente identificadas mediante los documentos de expedición o de otro modo; iii) concertar los contratos de transporte de las mercaderías cuando estuviere obligado a disponer del transporte; y, iv) contratar un seguro de transporte, si estuviera obligado a ello, y si no, proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible necesaria para su contratación.

Respecto a la identificación de la mercadería, el derecho venezolano dispone en el artículo 135 del Código de Comercio que si las mercancías vendidas están indicadas en el contrato sólo por su especie, cantidad y calidad, sin otra designación suficiente para determinar un cuerpo cierto, el vendedor está obligado a entregar la especie en la cantidad y de la calidad prometidas, en el tiempo y lugar convenidos, aunque las mercancías que tenían a su disposición al tiempo del contrato, o que hubiese adquirido después para cumplirlo, hayan perecido o por cualquier causa no le hayan sido expeditas o no le hayan llegado.

Como último comentario respecto a las obligaciones consecuenciales a la entrega de la mercadería, puede darse el caso de que, en virtud del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, se haya convenido términos especiales como exclusividad y confidencialidad, las cuales deberán ser cumplidas por el vendedor durante la ejecución de la entrega de la mercadería.

Así mismo, otras obligaciones podrían derivarse de los usos relacionados con la negociación o del principio de buena fe (artículos 7 y 9 de la CISG).

3. *Entrega de los documentos*

El artículo 34 de la CISG señala que cuando se acuerde que el vendedor estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la CISG.

Si bien el artículo no hace referencia a cuáles son los documentos que el vendedor deberá entregar, la jurisprudencia ha entendido que debe atenerse a lo dispuesto en el contrato¹², y que, se trata de aquellos documentos que están relacionados con la mercadería, aquellos que dan a sus poseedores el control de la mercadería (por ejemplo: conocimientos de embarque, recibos provisionales de mercaderías entregadas sobre muelle y recibos de depósitos¹³), así como las pólizas de seguros, facturas comerciales, certificados (de origen, peso, contenido, etc.) y otros documentos similares¹⁴.

Si en el contrato no se pactó una regla específica respecto a la entrega de documentos, ni tampoco se desprende de las prácticas entre las partes de una modalidad en específico, la jurisprudencia ha señalado que el vendedor deberá entregarlos “*en un momento y en una forma que permita al comprador tomar posesión de las mercaderías del transportista cuando lleguen al lugar de destino, las introduzca en el país de destino por la aduana y ejerza las reclamaciones que correspondan contra el transportista o la compañía aseguradora*”¹⁵.

¹² Tribunal de Arbitraje de la CCI, Francia, marzo de 1995, laudo No 7645, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 2000, 34, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 104.

¹³ CLOUT No 216 [Kantonsgericht St. Gallen, Suiza, 12 de agosto de 1997], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 104.

¹⁴ CLOUT No 171 [Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 104.

¹⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 104.

En los casos en que las partes hayan convenido, lo cual es frecuente, en que la negociación se rige por INCOTERMS, especial atención hay que poner en relación con los documentos relacionados con la modalidad escogida.

En el mismo sentido que la CISG, el derecho venezolano en el artículo 1495 del Código Civil dispone que el vendedor está obligado a entregar los títulos y documentos concernientes a la propiedad y uso de la cosa vendida. Dentro de esta obligación se puede incluir la obligación que tiene el vendedor de entregar factura de las mercaderías vendidas y que ponga al pie recibo del precio o de la parte de este que se le hubiere entregado, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Código de Comercio.

4. Entrega de la mercadería en cuanto a tipo, cantidad, calidad y embalaje o envase

El artículo 35 CISG exige al vendedor la entrega de la mercadería según las especificaciones pactadas en el contrato respecto al tipo, cantidad¹⁶, calidad¹⁷ y embalaje o envase¹⁸.

Así mismo, señala la norma que, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

Los apartados antes indicados son criterios que deben ser entendidos como condiciones implícitas que obligan al vendedor, aunque no haya un acuerdo al respecto, salvo pacto en contrario, y la jurisprudencia ha señalado lo siguiente para cada uno de ellos:

- El apartado a) se aplica a todos los contratos salvo que las partes hayan acordado otra cosa. Impone al vendedor la obligación de entregar mercaderías aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo. Un punto que ha sido objeto de discusión es si el vendedor sería responsable de cumplir las normas de derecho público del

¹⁶ CLOUT No 282 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 108.

¹⁷ Landgericht Paderborn, Alemania, 25 de junio de 1996, Unilex, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 120.

¹⁸ CLOUT No 229 [Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

país de importación respecto, por ejemplo, exigencias de calidad, encontrándose decisiones a favor y en contra¹⁹.

- La obligación contenida en el apartado b) se impone únicamente si se le notificó al vendedor sobre una o más finalidades particulares en el momento de celebrar el contrato, y no tendrán aplicación, si el comprador no confió, o no era razonable que confiara en la competencia y juicio del vendedor. La jurisprudencia ha señalado que normalmente un comprador no puede confiar razonablemente en el conocimiento del vendedor respecto a los requisitos legales o a las prácticas administrativas del país de importación, salvo que, el comprador le haya dado a conocer dichos requisitos²⁰.
- El apartado c) señala que las mercaderías deben cumplir con las mismas cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador. La jurisprudencia ha señalado que, las mercaderías deben ajustarse a un modelo únicamente cuando así las partes lo hayan dispuesto expresamente en el contrato²¹. También, se ha indicado que la norma se aplicará cuando sea el comprador quien haya proporcionado el modelo, siempre y cuando, las partes hayan convenido en que las mercaderías deben ser conforme a dicho modelo²².
- En cuanto al apartado d) la jurisprudencia ha establecido que una mercadería envasada de modo inadecuado se considera no conforme al contrato de acuerdo con este apartado. Por no adecuado se entiende, por ejemplo, si el recipiente no impide el deterioro de la mercadería después del envío²³.

El artículo 35 concluye con el párrafo 3, el cual señala que el vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) al d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las

¹⁹ Tesis a favor: el tribunal concluyó que los árbitros actuaron correctamente al concluir que el vendedor debería haber conocido las normas del país del comprador, y estaba obligado por ellas, en atención a las “circunstancias especiales”: CLOUT No 418 [Federal District Court, Eastern District of Louisiana, Estados Unidos, 17 de mayo de 1999]. Tesis en contra: El tribunal indicó que las normas de la jurisdicción de importación habrían sido aplicables si existieran esas mismas normas en la jurisdicción del vendedor, o si el comprador hubiera señalado las normas a la atención del vendedor y se hubiera remitido a la pericia del vendedor. CLOUT No 272 [Oberlandesgericht Zweibrücken, Alemania, 31 de marzo de 1998], citados en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

²⁰ CLOUT No 123 [Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

²¹ Landgericht Berlín, Alemania, 15 de septiembre de 1994, Unilex, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

²² CLOUT No 175 [Oberlandesgericht Graz, Austria, 9 de noviembre de 1995], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

²³ Conservas La Costeña S.A. de C.V. contra Lanín San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A., Procedimiento de arbitraje ante COMPROMEX (Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México), México, 29 de abril de 1996, Unilex, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 109.

mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato. Sin embargo, esta disposición no es ilimitada²⁴, ya que la jurisprudencia ha indicado que, la CISG contiene un principio general en favor incluso de un comprador muy negligente frente a un vendedor fraudulento, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 y el párrafo 1 del artículo 7 *ejusdem*²⁵.

El comentado artículo 35 precisa que debe considerarse entonces los requisitos establecidos en el contrato sobre las características de las mercaderías cuanto a su cantidad, calidad y tipo.

Además, estos requisitos, por referencia del artículo 8, podrían no solo ser expreso, sino que podrían estar implícitamente determinados. Así, estos requisitos además de poder ser negociado por las partes podrían resultar de términos estándar del negocio o de la industria, anuncios publicitarios del vendedor, muestras, información intercambiada previamente por las partes, etc.

En relación con una posible discrepancia en la cantidad, debe tenerse en cuenta que doctrinariamente se considera que, dependiendo del sector del comercio, algunas discrepancias podrían no ser consideradas como falta de conformidad, para lo cual habría que analizar cada caso y el tipo de negocio y mercancía.

En cuanto al requisito de la calidad, este se refiere no solo a la condición física de las mercaderías, sino además a las circunstancias fácticas o legales en relación con su entorno; el lugar de origen, estándares o buenas prácticas de fabricación. De igual forma, se ha considerado que algunos sectores del comercio podrían permitir alguna discrepancia en este sentido, sin que debe considerarse una falta de conformidad.

Igualmente, discrepancias sobre la naturaleza o tipo de las mercaderías, constituye una no conformidad. En este sentido, la doctrina ha discutido, y variadas son las posiciones, sobre si la entrega de una mercancía totalmente distinta debe ser tratada como una no conformidad de los requisitos, o como una falta absoluta de la entrega de la mercadería.

Por último, también debemos entender que las mercancías no son conforme al contrato, si no se cumplen las condiciones de contenedores o embalajes que las partes hayan fijado en el contrato.

En cuanto a la carga de la prueba correspondiente a las mercaderías que no son conformes al contrato según el artículo 35 CISG, han existido criterios distintos: casos en los que se ha decidido que le corresponde al vendedor²⁶, otras decisiones han considerado que es una carga del

²⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 110.

²⁵ CLOUT No 168 [Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 110.

²⁶ Rechtbank van Koophandel Kortrijk, Bélgica, 6 de octubre de 1997, Unilex; Rechtbank van Koophandel Kortrijk, Bélgica, 16 de diciembre de 1996, disponible en la dirección de Internet: <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1996-12-16.htm>, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 110.

comprador²⁷, también ha habido tribunales que consideran que dependerá del contexto²⁸. Sin embargo, creemos que, salvo acuerdo expreso de las partes, se debería aplicar el principio general de que la parte que sostiene o afirma un hecho corre con la carga de probarlo, con lo cual, la carga de la prueba le correspondería al comprador que afirme que las mercaderías no son conformes al contrato²⁹.

El artículo 36 CISG señala el momento en que debe haber surgido una falta de conformidad en la mercadería para que el vendedor sea responsable de ella, en el primer párrafo se indica que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento, mientras que el segundo párrafo se amplía la responsabilidad del vendedor, al establecer que este también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después de la transmisión del riesgo al comprador y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

En caso de entrega anticipada, el artículo 37 de la CISG estipula que el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

De acuerdo con el artículo 145 del Código de Comercio, el vendedor puede exigir en el acto de la entrega de la mercadería que se haga el reconocimiento íntegro, en calidad y cantidad; y en este caso no habrá lugar a reclamación después de entregadas las mercancías, salvo que se trate por vicios ocultos.

5. Entrega de la mercadería libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero

El artículo 41 CISG señala que el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. Sin embargo, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42 *ejusdem*.

²⁷ CLOUT No 103 [Arbitraje–Cámara de Comercio Internacional, laudo No 6653 1993], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 110.

²⁸ CLOUT No 123 [Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995] y CLOUT No 251 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 30 de noviembre de 1998], citados en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 110.

²⁹ CLOUT No 378 [Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 111.

El cumplimiento del referido artículo trae como consecuencia que el comprador podrá disfrutar de la posesión y propiedad de la mercadería sin ningún tipo de limitación, lo cual viene a ser la principal expectativa que tiene todo comprador en este tipo de negocio jurídico.

No obstante, el referido artículo 41 dispone que es perfectamente posible que el comprador proceda a aceptar la mercadería que esté sujeta a las limitaciones antes señaladas.

En cuanto a la segunda parte del artículo, la CISG remite al artículo 42 cuando se traten de limitaciones basadas en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual.

Tal y como se indicó anteriormente, en el derecho venezolano, el vendedor asume la obligación de saneamiento de la cosa vendida (artículo 1486 del Código Civil), respondiendo así, de la posesión pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos de la misma (artículo 1503 *ejusdem*).

En relación con esta obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualquier derecho de terceros, que es la regla de la mayoría de los sistemas, oportuno parece mencionar el contenido del artículo 133 del Código de Comercio venezolano, que establece que la venta de la cosa ajena es válida en materia mercantil (donde obviamente estaría involucrado el derecho de un tercero). Pero dicha norma, ante esta situación, obliga al vendedor a adquirir ese bien del tercero y entregarlo al comprador, si no, será responsable de los daños y perjuicios causados.

El artículo 42 CISG establece que el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

- a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o
- b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

Así mismo, señala el referido artículo que la obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

- a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o
- b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

En dos casos consultados se ha hecho referencia al segundo párrafo del artículo 42, en uno³⁰ se decidió que el comprador, en su calidad de profesional del sector, no podía haber ignorado que el vendedor había entregado una mercadería con un componente que infringía los derechos de

³⁰ CLOUT No 479 [Cour de Cassation, Francia, 19 de marzo de 2002], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 149.

marca registrada de un tercero, por lo que se decidió que el comprador actuó con conocimiento absoluto de esos derechos, por consiguiente, no podía reclamar al vendedor los pagos que le había reclamado a modo de indemnización el titular de la marca. En el otro caso³¹, se decidió que el vendedor no era responsable ante el comprador por haber entregado la mercadería con un símbolo que constituía una infracción de una marca de un tercero, porque el propio comprador había especificado la incorporación del símbolo en los diseños que le había facilitado al vendedor.

6. Obligaciones relacionadas con el momento de la entrega

Respecto al momento en el que el vendedor deberá entregar la mercadería, el artículo 33 señala que este deberá hacerlo: a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o, b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o, c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Dado que la obligación aquí definida es “la entrega”, necesario es hacer mención del artículo 31 de la CISG, pues se entiende entonces entregada a tiempo en la oportunidad o plazos indicados en el artículo 33, cuando se cumple con el acto también de conformidad con el artículo 31, al cual se hará referencia más adelante.

La jurisprudencia ha señalado que, según los apartados a) y b), el momento de la entrega debe inferirse, en primer lugar, de las estipulaciones del contrato, de acuerdo con el principio de la autonomía de las partes³² (lo cual incluye cualquier tipo de acuerdo, como por ejemplo, una fecha cierta³³, por referencia a una costumbre o práctica³⁴, si la entrega debe hacerse a petición del comprador³⁵, etc.), a falta de esto, el apartado c) señala una regla supletoria, según la cual, deberá efectuarse dentro de un plazo razonable de la celebración del contrato, el cual la jurisprudencia ha señalado que debe entenderse “en un tiempo adecuado según las circunstancias”³⁶.

Respecto al apartado c, ese “plazo razonable” implica un análisis de cada caso de manera individualizada, por ejemplo, la entrega de productos perecederos deberá hacerse en plazos de entrega más breves y rigurosos que la de productos manufacturados no perecederos, que podrán

³¹ Tribunal Supremo de Israel, 22 de agosto de 1993, Unilex, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 149.

³² CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 102.

³³ Corte di Appello di Milano, Italia, 20 de marzo de 1998, Unilex, citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 102.

³⁴ Con arreglo al artículo 9 CISG.

³⁵ CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 102.

³⁶ CLOUT No 219 [Tribunal Cantonal, Valais, Suiza, 28 de octubre de 1997], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 103.

entregarse en plazos más amplios, de acuerdo siempre con las características propias del caso, que implica, al menos, de: un análisis del momento (no es lo mismo una entrega de mascarillas en época de pandemia que en otra época), tipo de mercadería (puede que no sea precedero pero es una pieza fundamental para la elaboración de un bien indispensable para algo), situación de las partes (el negocio tiene implicación financiera directa para la continuidad operativa para alguna de las partes) y necesidad del mercado (debido a determinadas circunstancias hay una oportunidad en el mercado).

Si bien la redacción del artículo 33 solo hace referencia al deber de entrega de la mercadería, se ha entendido que su enfoque es aplicable a otras obligaciones del vendedor, que han de cumplirse igualmente en el momento previsto en el contrato o, a falta de tal previsión, en un plazo razonable³⁷. La parte que afirme que se ha convenido una fecha o un plazo para la entrega tiene que probarlo³⁸.

7. Obligaciones relativas al lugar de la entrega

En cuanto al lugar de entrega de las mercaderías la CISG en su artículo 31 dispone que, si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación consistirá:

- a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;
- b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;
- c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

La norma transcrita hace referencia a la obligación de entrega por parte del vendedor, señala donde ha de entregar las mercaderías y lo que ha de hacer para ello. Si bien el artículo dispone reglas distintas para cada situación, la regla general parece ser que el lugar de entrega será el establecimiento del vendedor³⁹. Ahora bien, dichas reglas se aplicarán únicamente cuando las partes no han convenido en otra cosa, ya que la autonomía de la voluntad de las partes prevalece

³⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 102.

³⁸ CLOUT No 362 [Oberlandesgericht Naumburg, Alemania, 27 de abril de 1999], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 103.

³⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 103.

sobre el referido artículo 31⁴⁰, y si, por ejemplo, en el contrato se incluyó un término de entrega y precio (como un Incoterms), dicho término definirá el lugar de cumplimiento y excluirá la disposición de la CISG⁴¹.

Por otra parte, el artículo 31 *ejusdem* también se ha utilizado para determinar el lugar de entrega, cuando el comprador debe devolver las mercaderías una vez que se ha resuelto el contrato⁴². Ello ha dado como resultado que, si no se ha establecido otra cosa en el contrato, el comprador debe devolver la mercadería en su establecimiento⁴³.

Ahora bien, volviendo a las alternativas del artículo 31 de la CISG, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

- El apartado a) sólo es aplicable cuando ni el vendedor ni el comprador estén obligados por el contrato a transportar las mercaderías desde el establecimiento del vendedor (o desde donde se encuentre) hasta el establecimiento del comprador (o hasta donde este indique)⁴⁴, es decir, la mercadería llega a su destino por uno o varios porteadores independientes, por lo que el vendedor habrá cumplido con su obligación de entrega cuando las mercaderías se pongan en poder del porteador⁴⁵, y si implica varios porteadores, se habrá cumplido al poner las mercaderías en poder del primero de ellos⁴⁶. La expresión “poner en poder” del apartado a) debe entenderse como el momento en el que el vendedor da al porteador posesión de las mercaderías⁴⁷.
- El apartado b) será aplicable cuando en el contrato se haya acordado que, le corresponderá al comprador tomar posesión de la mercadería en un lugar determinado, las cuales han de ser ciertas, tomadas de una masa determinada o mercaderías que sean manufacturarse o producirse. El vendedor debe poner la mercadería a disposición del comprador en el lugar acordado⁴⁸, lo cual significa que el vendedor debe hacer todo lo necesario para cumplir con

⁴⁰ CLOUT No 430 [Oberlandesgericht Munchen, Alemania, 3 de diciembre de 1999], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁴¹ CLOUT No 244 [Cour d’appel, Paris, Francia, 4 de marzo de 1998], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁴² Párrafo 2 del artículo 81 CISG.

⁴³ CLOUT No 594 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 19 de diciembre de 2002], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁴⁴ CLOUT No 430... 98.

⁴⁵ CLOUT No 331 [Handelsgericht des Kantons Zurich, Suiza, 10 de febrero de 1999], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁴⁶ CLOUT No 331... 98

⁴⁷ CLOUT No 247 [Audiencia Provincial de Córdoba, España, 31 de octubre de 1997], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁴⁸ CLOUT No 47 [Landgericht Aachen, Alemania, 14 de mayo de 1993], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

la entrega según lo acordado, y así, para que el comprador no tenga otra cosa que hacer más que tomar las mercaderías en el lugar de entrega”⁴⁹.

- El apartado c) es una “regla residual”⁵⁰, ya que abarca los casos no contemplados en los apartados a) o b), y para los cuales el contrato no dispone un lugar concreto de ejecución. Al aplicarse el apartado c), el vendedor tendrá que poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde aquél tenga su establecimiento en el momento de celebrar el contrato.

En cuanto a la transmisión de riesgos, la jurisprudencia ha señalado que una vez el vendedor ha entregado las mercaderías (sea al primer porteador⁵¹, a bordo de un buque en el puerto designado⁵², o directamente al comprador), se entiende que este ha cumplido con su obligación de entrega, en consecuencia, ya no será responsable de ellas. De tal manera que, el riesgo de daños ulteriores o de pérdida de las mercaderías para el comprador, salvo si tales daños o pérdidas son causados intencionalmente o por negligencia por el vendedor⁵³.

Por último, respecto a la carga de la prueba, la jurisprudencia ha indicado que, la parte que alegue que en el contrato se estipuló un lugar de entrega distinto del previsto en el artículo 31 CIGS debe aportar prueba de lo convenido⁵⁴.

En cuanto al lugar de la tradición, el derecho venezolano señala en el artículo 1492 del Código Civil que debe efectuarse en el lugar convenido por las partes y caso contrario, en el lugar donde la cosa se encontraba en el acto de la venta, regla que solo es aplicable para la venta de cosas ciertas y determinadas, ya que, para los demás casos, por aplicación del artículo 1295 ejusdem, el lugar de la tradición será el domicilio del vendedor, quien es el deudor de la obligación de que se trata.

Cabría preguntarse, ¿qué ocurre si el vendedor realiza el envío a un lugar equivocado?, en este caso el concluir si el vendedor cumple o no con su obligación, dependerá de las consecuencias de su error. Hay doctrina que considera que si el comprador recibe y acepta la mercadería, se debe considerar cumplida la obligación entrega del vendedor. Pero, si el comprador rehúsa aceptar la mercadería la obligación no estará cumplida. Valorar si el comprador tiene ese derecho de aceptar o rechazar la mercancía, debe hacerse aplicando el principio de la buena fe contractual⁵⁵.

⁴⁹ CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁵⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁵¹ CLOUT No 331... 98

⁵² CLOUT No 247... 98.

⁵³ Véanse las disposiciones de la CIGS relativas a la transmisión del riesgo (artículos 66 a 70).

⁵⁴ CLOUT No 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemania, 13 de abril de 2000], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 98.

⁵⁵ Bacher Klaus. et al, Comentarios sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Tomo 1. The Global Law Collection. Legal Studies Series. Navarra, (2011): 902.

8. Obligaciones de entrega cuando entra en juego el transporte de las mercaderías

El artículo 32 de la CISG contempla obligaciones para el vendedor bajo el supuesto en el que las partes hayan pactado en el contrato que la mercadería se transportará por medio de un tercero, e incluye tres situaciones: i) cuando la mercadería puesta en poder de un porteador no estuviera claramente identificada, ii) cuando el vendedor estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, y iii) cuando el vendedor no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte.

Para la primera de las situaciones, la norma contempla que se trata de una mercadería que no se encuentra claramente identificada a los efectos del contrato mediante señales en ella, mediante los documentos de expedición ni de otro modo. Ante este caso, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

En el segundo de los supuestos, se trata del caso en el que las partes hayan acordado que el vendedor será el responsable de disponer del transporte de las mercaderías, y la norma le exige que deberá concertar los contratos necesarios para que la mercadería llegue hasta el lugar señalado por el medio de transporte adecuado a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte. De tal manera que, el vendedor está obligado a realizar todos los trámites que sea razonables para alcanzar este objetivo. La jurisprudencia ha señalado que la norma no dispone que el vendedor deba utilizar un medio de transporte en concreto, salvo que en virtud del artículo 6 de la CISG las partes hubieren llegado a un acuerdo respecto a un porteador específico, el vendedor podrá elegir unilateralmente el modo de transporte⁵⁶.

Por último, la tercera de las situaciones reguladas está relacionada con el caso en el que el vendedor no está obligado a contratar un seguro de transporte, por lo que la norma le exige que deberá proporcionar al comprador, a petición de este, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.

En cuanto a lo que respecta a la carga de la prueba, la jurisprudencia ha señalado que quien afirme la existencia de un presunto acuerdo que modifique o amplíe lo dispuesto en el artículo 32 CISG deberá probar que se celebró dicho acuerdo, de no haber pruebas suficientes, se aplicará el artículo 32⁵⁷.

CONCLUSIONES

Desde el punto de vista del derecho mercantil, existe total compatibilidad entre el sistema normativo de la CISG y el derecho interno venezolano, al menos, en lo que se refiere a las obligaciones del vendedor, que fue el objeto del presente estudio.

⁵⁶ CLOUT No 261 [Bezirksgericht der Sanne, Suiza, 20 de febrero de 1997], citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010): 101.

⁵⁷ CLOUT No 261... 101.

La ratificación de la CISG por parte de Venezuela contribuirá con la generación de confianza en el mercado internacional, ya que proporcionará seguridad jurídica a los contratantes.

La CISG establece una serie de obligaciones para el vendedor que están en línea con el sistema normativo venezolano, siendo las más importantes, las obligaciones de entrega de la mercadería y de transferir su propiedad, y las consecuenciales a estas, que transitan desde la entrega de los documentos, el cumplimiento en tiempo, lugar, cantidad, calidad, embalaje, transporte y que la mercadería esté libre de cualquier derecho o pretensión de un tercero.

Debido a la total compatibilidad existente entre la CISG y el ordenamiento jurídico venezolano en cuanto a las obligaciones del vendedor, al juez venezolano no le será difícil la aplicación de la Convención ya que sus normas no le serán extrañas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Alfredo Morles Hernández. Curso de derecho mercantil. Los contratos mercantiles. Tomo 4. ABediciones. Caracas. (2017)

Bacher Klaus. et al, Comentarios sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Tomo 1 y 2. The Global Law Collection. Legal Studies Series. Navarra, (2011).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York (2010).

Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e Instituto 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, CNUDMI, 2020.

José Luis Aguilar Gorrondona. Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. 22° Edición. UCAB. Caracas (2013).

Legislación:

Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria, del 26 de Julio de 1982.

Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980.

Laudos y decisiones judiciales:

CLOUT No 103 [Arbitraje–Cámara de Comercio Internacional, laudo No 6653 1993]

- CLOUT No 123 [Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995]
- CLOUT No 123 [Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995]
- CLOUT No 168 [Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996]
- CLOUT No 171 [Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996]
- CLOUT No 175 [Oberlandesgericht Graz, Austria, 9 de noviembre de 1995]
- CLOUT No 2 [Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 17 de septiembre de 1991]
- CLOUT No 216 [Kantonsgericht St. Gallen, Suiza, 12 de agosto de 1997]
- CLOUT No 219 [Tribunal Cantonal, Valais, Suiza, 28 de octubre de 1997]
- CLOUT No 229 [Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996]
- CLOUT No 244 [Cour d'appel, Paris, Francia, 4 de marzo de 1998]
- CLOUT No 247 [Audiencia Provincial de Córdoba, España, 31 de octubre de 1997]
- CLOUT No 251 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 30 de noviembre de 1998]
- CLOUT No 261 [Bezirksgericht der Sanne, Suiza, 20 de febrero de 1997]
- CLOUT No 272 [Oberlandesgericht Zweibrücken, Alemania, 31 de marzo de 1998]
- CLOUT No 282 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997]
- CLOUT No 331 [Handelsgericht des Kantons Zurich, Suiza, 10 de febrero de 1999]
- CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998]
- CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998]
- CLOUT No 338 [Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998]
- CLOUT No 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemania, 13 de abril de 2000]
- CLOUT No 362 [Oberlandesgericht Naumburg, Alemania, 27 de abril de 1999]
- CLOUT No 378 [Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000]
- CLOUT No 418 [Federal District Court, Eastern District of Louisiana, Estados Unidos, 17 de mayo de 1999]
- CLOUT No 430 [Oberlandesgericht Munchen, Alemania, 3 de diciembre de 1999]
- CLOUT No 432 [Landgericht Stendal, Alemania, 12 de octubre de 2000]
- CLOUT No 47 [Landgericht Aachen, Alemania, 14 de mayo de 1993]
- CLOUT No 479 [Cour de Cassation, Francia, 19 de marzo de 2002]
- CLOUT No 594 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 19 de diciembre de 2002]

CLOUT No 608 [Trib. Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002]

Conservas La Costeña S.A. de C.V. contra Lanín San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A., Procedimiento de arbitraje ante COMPROMEX (Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México), México, 29 de abril de 1996, Unilex

Corte di Appello di Milano, Italia, 20 de marzo de 1998, Unilex

Landgericht Berlín, Alemania, 15 de septiembre de 1994, Unilex

Landgericht Paderborn, Alemania, 25 de junio de 1996, Unilex

Rechtbank van Koophandel Kortrijk, Bélgica, 6 de octubre de 1997, Unilex; Rechtbank van Koophandel Kortrijk, Bélgica, 16 de diciembre de 1996, disponible en la dirección de Internet: <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1996-12-16.htm>

Tribunal de Arbitraje de la CCI, Francia, marzo de 1995, laudo No 7645, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 2000, 34

Tribunal Supremo de Israel, 22 de agosto de 1993, Unilex

La transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercancías del vendedor al comprador*

Luis Cova Arria**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 98-108

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar la transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercaderías del vendedor al comprador, conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, considerando que, la solución que dicha Convención ofrece al tema de la transmisión de los riesgos supera la clásica teoría de los riesgos.

Palabras claves: CISG, compraventa, contrato, transmisión de riesgos.

The transfer of risk, loss, or deterioration of the goods from the seller to the buyer

Abstract: *The purpose of this paper is to analyze the transmission of risk, loss, or deterioration of the goods from the seller to the buyer, in accordance with the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, considering that the solution that said Convention offers to the issue of transferring risks goes beyond the classic theory of risks.*

Keywords: *CISG, sale, contract, transfer of risks.*

Autor invitado

Recibido: 12/07/2022

Aprobado: 16/08/2022

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por el autor 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.

** Miembro de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACPS). Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Máster in Law de la Universidad de Nueva York, especializado en Derecho Marítimo. Coordinador de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de los cursos de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Presidente Fundador de Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM). Exconsejero ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Ex miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Miembro Honorario de la Reales Academias de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y de Granada, España. Socio Principal de la firma de abogados marítimos Luis Cova Arria & Asociados.

La transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercancías del vendedor al comprador*

Luis Cova Arria**

RVDM, E. 2, 2022, pp- 98-108

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *El riesgo de la pérdida o deterioro de las mercancías antes de su llegada al comprador.* 2. *La transmisión del riesgo en la CISG.* **CONCLUSIONES.**
BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto tratar la transmisión del riesgo, pérdida o deterioro de las mercaderías del vendedor al comprador, conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual usualmente se la abrevia con sus siglas en español, CNUCCIM, en inglés *CISG* o, simplemente como Convención de Viena, aun cuando no debe confundirse con otros tratados firmados en esa ciudad y a los que, se les da la misma designación.

La Convención fue elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en sus siglas en español y *UNCITRAL*, en sus siglas en inglés), adoptada el 11 de abril de 1980 y entró en vigor el 1 de enero de 1988. Es de gran importancia, aun para Venezuela que no es parte de esta, ya que ha sido adoptada por 89 países, conformando una proporción significativa del comercio mundial, lo que la convierte en una de las normas de derecho internacional de mayor éxito. El último país en ratificarla ha sido Guatemala que ha accedido a la misma el 11 de diciembre de 2019.

Este Convenio, según establece su artículo 1, se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías, o sea, aquel que tiene por objeto el cambio de una cosa o bien por un determinado precio. El Convenio no define lo que por mercadería se ha de entender, aunque también de sus

* El presente trabajo es una adaptación de la ponencia presentada por el autor 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.

** Miembro de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACPS). Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Máster in Law de la Universidad de Nueva York, especializado en Derecho Marítimo. Coordinador de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de los cursos de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Presidente Fundador de Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM). Exconsejero ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Ex miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Miembro Honorario de la Reales Academias de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y de Granada, España. Socio Principal de la firma de abogados marítimos Luis Cova Arria & Asociados.

disposiciones se puede deducir que solo considera como tales los bienes muebles corporales (no así los bienes inmuebles, como tampoco los bienes incorporeales).

La compraventa de mercaderías ha sido considerada siempre como uno de los principales contratos por su regularidad y diversas formas de manifestarse, sin embargo, la que es objeto de regulación en el Convenio es solamente la compraventa internacional, considerándose como tal aquella en la que las partes tengan su residencia habitual o sus establecimientos en Estados diferentes. El Convenio, además, exige para su aplicación la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: a) que los Estados en los que las partes tengan sus establecimientos sean Estados miembros del Convenio (aplicación directa) o, b) que las normas de Derecho internacional privado sobre contratos del país cuyos tribunales conozcan del asunto prevean la aplicación de la ley de un Estado miembro del Convenio (aplicación indirecta).

En conclusión, el contrato de compraventa internacional de mercaderías no es más que el acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas naturales o jurídicas domiciliadas en países diferentes, a través del cual se transfiere la propiedad de mercancías, que deberán ser transportadas de un país a otro, y que tiene como contraprestación el pago de un precio convenido.

Antes de pasar al estudio de la transmisión del riesgo, debemos indicar qué entenderemos por riesgo la pérdida o daño que pueden sufrir las mercaderías desde el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa internacional hasta el momento que tiene lugar la entrega de las mismas. Por lo que soportar el riesgo en la compraventa quiere decir, sufrir las consecuencias de la pérdida o deterioros fortuitos de la cosa vendida. En el caso de que el riesgo sea soportado por el vendedor, éste tendrá que entregar otra en sustitución de la pérdida; por el contrario, cuando éste sea soportado por el comprador, éste tendrá que pagar el precio, sin recibir la cosa.

La solución de la CISG, al tema de la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa internacional de mercaderías supera la clásica teoría de los riesgos, cuyo presupuesto es la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, incorporando criterios de transmisión funcionales a los intereses de las partes y que recogen las prácticas y usos comerciales internacionales, a partir de diferenciar, según se trate, de una compraventa con entrega directa o indirecta.

A través de un hipotético caso, se puede ilustrar la solución de la Convención, para determinar el momento en que el riesgo pasa del vendedor al comprador:

La firma venezolana "VEN" celebró un contrato de compraventa internacional con la empresa mexicana "MEX", para la compra 100 unidades de delicados equipos electrónicos de computación, que se convinieron "CIF Puerto Cabello, Venezuela". El contrato tenía una cláusula de selección de la Ley mexicana, como ley del contrato, por lo que el mismo se regiría por la Convención, siendo México parte de la misma. MEX, a su vez, contrató a la Naviera MEX-VEN, el transporte de los equipos desde el puerto de Veracruz, México hasta el de Puerto Cabello, Venezuela, señalando el primero como puerto de embarque y el segundo como el de descarga. MEX, cargó en sus almacenes de Ciudad de México, en un contenedor los equipos, los cuales envió sellados, por camión, al puerto de Veracruz. En el lapso mientras el contenedor estaba en custodia en una terminal de transporte del puerto de Veracruz a la espera del buque M/N

MEX/VEN, personas desconocidas lo violaron y hurtaron 30 de los equipos que estaban en el mismo, volviéndolo a sellar. Tres días después un agente de la Naviera, cargó el contenedor en el buque M/N MEX/VEN, para ser transportado a Puerto Cabello. Dicha nave, en su navegación, de Veracruz a Puerto Cabello, se vio expuesta a fuertes lluvias y fuerte oleaje que ocasionó que entrara agua en el contenedor, que había sido violado antes de su embarque, y que estaba siendo transportado sobre cubierta. Esta entrada de agua dañó los circuitos electrónicos en las unidades de computación.

Ante este hipotético caso, analicemos la cuestión del momento de la transmisión del riesgo para tratar de resolver el siguiente dilema: ¿Está MEX obligada a enviar a VEN las unidades robadas y a reparar o reponer las que fueron dañadas por el agua de mar, sin recibir por ello pago adicional? o, ¿está VEN obligada a pagar el precio, como si hubiera recibido el embarque de conformidad? En este caso, lo importante no es determinar quién es el propietario sino en qué momento pasó el riesgo del vendedor al comprador.

Por ejemplo, si se hubiera tratado de una compraventa nacional, en México o en Venezuela, la pérdida es para el dueño, por aplicación del principio *res perit domino*, consagrado en sus leyes civiles. Sin embargo, mientras los bienes estén en poder de alguien que no es el dueño, se presume que la pérdida ocurrió por culpa de ese poseedor, que sería obligado a indemnizar al dueño, a no ser que demuestre que la pérdida no ocurrió por su culpa o dolo. Esta solución no tiene aceptación universal y por ello resulta inconveniente para el comercio internacional. En general, la cuestión del momento en que la propiedad de las mercancías pasa del vendedor al comprador varía mucho según los diferentes sistemas jurídicos y, por ello, la Convención de compraventa internacional expresamente dice que no se ocupa de los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

Dejo –por ahora- la pregunta sin respuesta y, continuaremos examinando la solución de la Convención, como veremos de seguidas.

1. El riesgo de la pérdida o deterioro de las mercancías

En la venta de cosas que han de transportarse de un país a otro—como lo son las ventas internacionales de mercancías - el riesgo se transmite al momento de entregar la cosa al porteador, por lo que el riesgo es del comprador, desde ese momento. Es decir, la regla básica es que la pérdida o daño de las mercaderías sobrevenidas después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. Todo lo contrario, a la regla en los contratos civiles de compraventa en donde, como hemos señalado antes, rige el principio *res perit domino*.

En efecto, la transmisión de los riesgos de la pérdida o daños de la mercadería no se debe confundir con la transmisión de la propiedad, que queda regulada por la ley que rige el contrato. El concepto fundamental se basa en que los riesgos, y en la mayoría de los casos, también los gastos, se transmiten en el punto geográfico y en el momento cronológico que defina el contrato. El punto geográfico puede ser la fábrica, el terminal portuario, el muelle, la borda de un buque, etc.; mientras que el momento cronológico está definido por el plazo de entrega de la mercancía. La superposición de ambos requisitos produce automáticamente la transmisión de los riesgos.

La Convención, tiene reglas diferentes para regular la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, tomando en cuenta, si el mismo está vinculado o no, a un transporte de las mercaderías. Estas reglas son:

- La primera, cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercaderías en un lugar determinado, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador, para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa;
- Y, la segunda, cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar;

Sin embargo, en ambos casos, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato, sea mediante documentos, señales, comunicaciones u otro medio; con esta última salvedad se pretende resolver cualquier tipo de confusión de los contratos de entregas sucesivas o de envíos distintos, pues permite singularizar la mercadería con la cual se está cumpliendo una obligación de entrega.

También en la Convención, se menciona la posibilidad de que las partes puedan convenir, en propio contrato, el momento en que el comprador asume el riesgo por la pérdida o deterioro de las mercancías, distinto al previsto en la Convención y, así lo harán si utilizan alguno de los Términos Comerciales Internacionales (Incoterms) elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, organización no gubernamental con sede en París, que elabora y mantiene actualizados esos términos comerciales internacionales.

Los Incoterms 2020, cuya última versión es del año 2020, establecen, definen y distribuyen las obligaciones, los gastos y los riesgos del transporte internacional y del seguro, tanto del importador como del exportador de las mercaderías, siendo reconocidos por las autoridades aduaneras y los tribunales a nivel mundial. Se refieren pues, al paso del riesgo, así como a la distribución de los gastos del transporte entre compradores y vendedores y en algunos casos a la obligación de contratar los seguros.

A diferencia de la Convención de Viena que es derecho dispositivo interno en los países donde ha sido adoptada la misma, o, donde se apliquen por vía de reenvío, conforme a sus normas de derecho internacional privado, los Incoterms 2020 son reglas privadas, de aplicación en el contrato por el acuerdo voluntario de las partes. De allí que las reglas de la Convención CISG sobre transmisión del riesgo que están en su capítulo IV, son de carácter dispositivo, por lo que las partes podrán derogarlas en sus contratos.

Volviendo a la transmisión del riesgo, debemos mencionar que el tema envuelve una cuestión sencilla que, sin embargo, resulta muy difícil de responder: ¿quién se hace responsable cuando las mercancías se pierden o deterioran? La respuesta bajo la Convención de Viena, es que la pérdida la soporta el comprador cuando los daños o la pérdida de las mercancías se producen una vez que el riesgo se le ha transmitido, a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor. La pérdida es económica, ya que las mercancías se pierden, pero la parte que soporta el riesgo no sólo las pierde, sino que además ha de pagar el precio de las mismas o habrá de entregar las mercancías, por segunda vez, según sea el caso.

Estas consecuencias, se ven en gran medida mitigadas por la circunstancia de que las partes contratarán pólizas de seguros cubriendo esos riesgos de la pérdida o el deterioro de las mercancías, lo cual no evita que alguien tenga que pagar esos seguros, ni que la parte que asume el riesgo tenga la carga de tener que reclamar al asegurador. La cuestión acerca de quién asume la pérdida o deterioro de las mercancías se contesta mediante el establecimiento del momento exacto en que la transmisión del riesgo se produce.

Pues bien, los artículos 67 a 69 de la CISG tienen como objetivo, precisamente el determinar ese momento. Las disposiciones sobre transmisión del riesgo se completan con una última disposición. Se trata del artículo 70 de la citada Convención, que explica la relación entre el incumplimiento esencial y las disposiciones sobre transmisión del riesgo, de forma que, si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial, los artículos 67, 68 y 69 en cita, no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

2. La transmisión del riesgo en la CISG

2.1. ¿Qué es la entrega de la mercadería?

La Convención, no tiene un concepto que vincule la entrega con la transmisión del riesgo, pero define la entrega de mercaderías para cada uno de los tipos contractuales, detallando los actos materiales de ejecución del contrato.

Esta técnica, coincide con la de los Incoterms, ya que define la obligación de entregar según cada término previsto y, a partir de allí, se fija el momento de la transmisión del riesgo. El riesgo se transmite al comprador, cuando el vendedor ha ejecutado los actos materiales en que consiste la entrega, esto explica por qué el comprador está obligado a pagar el precio, pese a la pérdida o deterioro de las mercaderías, antes de que lleguen a su tenencia.

Por ello, si, por una parte, el vendedor no ejecuta alguno de los actos de entrega, el riesgo no se transmitirá al comprador, pero, por la otra, si la no entrega se debe a la falta de ejecución de los actos que razonablemente cabe esperar del comprador para que el vendedor la realice (artículo 60, letra (a)), la transmisión del riesgo se producirá por aplicación del artículo 69.

Hay veces en que la transmisión del riesgo exige el cumplimiento de la obligación de entregar, pero ello no significa que haya una coincidencia absoluta entre los actos en que consiste la obligación de entregar y los hechos que causan la transmisión del riesgo. No se da en la compraventa que implica el transporte de las mercaderías, ya que para que la transmisión del riesgo se produzca hay que identificar las mercaderías.

Ahora bien, la Convención delimita las obligaciones esenciales del comprador y del vendedor. Según su artículo 30, las obligaciones principales para el vendedor son la de entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquellas en las condiciones establecidas en el contrato. La Convención es clara, cuando señala que la entrega de mercancías debe ser conforme al contrato partiendo del entendido de que allí las partes definieron hora, lugar y fecha de entrega de las mercaderías.

A su vez, el artículo 31 de la Convención menciona que, si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercancías en un lugar determinado, su obligación de entrega consistirá en ponerlas en poder del primer porteador o transportista para que éste las traslade al comprador. Cuando se trate de mercaderías que haya de extraerse de un lugar o tengan que ser manufacturadas en un determinado lugar por razones especiales y que tanto el comprador como el vendedor sepan de esas condiciones, se entregaran en ese lugar.

En los demás casos el vendedor debe poner las mercancías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

De lo expresado, aparece de manifiesto que la transmisión del riesgo de las mercaderías al comprador, coincide con la realización de todos los actos que impone su entrega a él de las mismas y la pérdida de su control a fin de evitar su destrucción o deterioro; control que, a partir de ese momento, lo asume el comprador. Sin embargo, el vendedor deberá cumplir con la obligación complementaria del artículo 32 (1) del Convenio, esto es, enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

Tampoco se da en las compraventas referidas al artículo 69 del Convenio, en las que, además de la ejecución de los actos de entrega, se requiere de la participación del comprador; ya sea haciéndose cargo de las mercaderías o sea tomando conocimiento de que el vendedor ha cumplido con su obligación de entregar.

La falta de coincidencia, se explica porque la entrega de las mercaderías es un acto complejo que se extiende más allá de que se agote la actuación del vendedor, comprendiendo los actos de entrega y el cumplimiento de la obligación de recibir las mercaderías que pesa sobre el comprador. En efecto, habrá transmisión del riesgo, si el comprador incumple su obligación de recepción, teniendo conocimiento de que se ha puesto a su disposición las mercaderías en el lugar establecido en el contrato o, el fijado por la Convención.

El artículo 69 del Convenio establece dos reglas en las que la transmisión del riesgo depende de si la entrega se acordó en el establecimiento del vendedor o en otro lugar.

A veces la transmisión del riesgo se produce cuando el comprador se hace cargo de las mercaderías en el establecimiento del vendedor, cumpliendo su obligación de recibirlas. En otras ocasiones, el vendedor está obligado a la entrega en un lugar distinto. En este último caso han de darse dos requisitos: a) Que el vendedor ponga a disposición del comprador las mercaderías en ese lugar. b) Que el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías han sido entregadas en ese lugar.

Estas reglas, como la mayoría de las normas de la Convención, como hemos mencionado, son derogables por voluntad de las partes. Comprador y vendedor, efectivamente, han de ponerse de acuerdo respecto al punto de la transmisión del riesgo por su pérdida o deterioro, pudiendo separarse del régimen previsto en la Convención, lo cual suele hacerse mediante la incorporación expresa de una cláusula Incoterm en el contrato.

El riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor ha ejecutado los actos materiales en que se basa su obligación de entregar la mercancía vendida, ello explica por qué el comprador sigue obligado a pagar el precio, pese a la pérdida o deterioro de las mercaderías que aún no ha llegado a su poder, y, así lo establece el artículo 66 de la CISV, al señalar:

Artículo 66: La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

El riesgo se transmite al comprador y su obligación de pagar el precio se independiza de manera bilateral, de tal forma que debe cumplirla íntegramente pese a la pérdida o deterioro de las mercaderías.

2.2.La transmisión de los riesgos dependiendo del tipo de compraventa

La CISG, en sus artículos 67 y 69, fija la transmisión del riesgo al comprador dependiendo del tipo de compraventa, diferenciando la entrega directa y la entrega indirecta. Veamos estos artículos:

Artículo 67:

1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 69

1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Ahora bien, la entrega de mercaderías se rige por los artículos 31 y siguientes del Convenio, siendo los artículos 31 (b) y (c) y 69 los que se refieren a este tipo de compraventas, creando así una regla en materia de entrega de mercaderías y transmisión del riesgo en las mismas. La diferencia principal entre estos dos tipos de compraventa es que, mientras que en la entrega directa el vendedor se obliga a entregar las mercaderías directamente al comprador, en la entrega indirecta

su obligación se extingue al entregar las mercaderías a un transportista independiente, que a su vez ha de entregarlas al comprador.

En la compraventa indirecta, según lo dispuesto en el artículo 67 (1) del Convenio, el riesgo es transmitido al comprador en el momento en que las mercaderías se ponen en poder del primer porteador para que las traslade al comprador. El vendedor soporta el riesgo de pérdida o deterioro hasta la entrega de las mercaderías, momento en el cual pierde el control material sobre las mismas, encontrándose ahora el comprador en una mejor posición para asegurar el riesgo hasta su llegada a destino. Asimismo, será el propio comprador el que descubra los daños al momento de recibir las mercaderías, estando en mejor posición que el vendedor, para demandar al transportista, o cobrar la indemnización del seguro. El control de las mercaderías se manifiesta en una accesibilidad física a las mismas que el vendedor no tiene.

2.3. La transmisión del riesgo en las compraventas directas

Hemos dicho que las compraventas directas son todas aquellas que no impliquen transporte de mercaderías, conforme a los artículos 31 (a), 32 (2) y 67(1). El transporte en estas ventas no es obligación del vendedor, lo máximo que se le pide es la expedición de las mercaderías.

En la compraventa directa, hay dos criterios que entran en juego, según sea el lugar en que deba hacerse la entrega: Cuando la entrega es en el establecimiento del vendedor, el riesgo se extiende hasta que el comprador se haga cargo de las mercaderías, o incumpla su obligación de recibirlas; y, cuando el vendedor la entrega en un lugar distinto, la transmisión del riesgo se produce cuando se ponen las mismas a disposición del comprador en ese lugar, con su previa notificación, para que pueda asumir el control de las mismas. Esta notificación del vendedor al comprador es esencial, pues de no hacerla habrá incumplido con su obligación contractual.

2.4. La transmisión del riesgo en las compras indirectas

En la CISG, la compraventa indirecta es aquella que implica el transporte de las mercaderías, es decir, aquella en que el vendedor se obliga a disponerlo (artículo 32 (2)).

Existen dos tipos de compraventa indirecta: unas, en la que el vendedor entrega las mercaderías al transportista, y otras, en las que el vendedor está obligado a expedir las mercaderías, contratando el transporte para ello.

La entrega de las mercaderías se hará poniéndolas a disposición del transportista para que éste las traslade hasta el comprador. Las compraventas con entrega indirecta llevan a su vez otro contrato, el de transporte de las mercancías, entre el comprador y el transportista.

Podemos diferenciar los grandes grupos dentro de esta clasificación: a) El vendedor cumple con la obligación de entregar las mercaderías poniéndolas a disposición del porteador (transportista) que haya elegido el comprador. b) El vendedor expide las mercaderías, celebrando el contrato de transporte respectivo, asumiendo así la doble función de vendedor y expedidor de las mercaderías.

2.5. Incumplimiento del vendedor y su transmisión del riesgo al comprador

Se establece en la Convención que, pese al incumplimiento del vendedor, se produce la transmisión del riesgo, autorizando al comprador afectado a ejercer cualquiera de los remedios que la ley pone a su disposición por ese incumplimiento, prescribiendo en su artículo 70 que, si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

Además, en el artículo 36 (1) añade que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista al momento de la transmisión del riesgo. El principio que subyace en el fondo es que el incumplimiento del vendedor anterior a la transmisión del riesgo no impide que ésta se produzca, pudiendo el comprador igualmente hacer uso de cualquiera de los remedios que le reconoce la Convención.

En otras palabras, según sea la modalidad del incumplimiento, el comprador podrá: resolver el contrato (artículo 49), demandar el cumplimiento específico, en cualquiera de sus modalidades (artículo 46), exigir la reducción del precio (artículo 50) y, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios (artículos 45 (1) b) y 74), salvo, obviamente, si el vendedor acredita su exoneración de responsabilidad (artículo 79 (1)).

La aplicación del artículo 70 presupone que el vendedor incumple alguna de sus obligaciones y posteriormente, habiéndose transmitido el riesgo al comprador, las mercaderías se pierden o deterioran accidentalmente, esto es, sin que exista vinculación causal entre dicha pérdida o deterioro y el incumplimiento del vendedor.

En efecto, prácticamente en todos los casos de incumplimiento el comprador ejercerá cualquiera de los remedios de que dispone, después de la transmisión del riesgo.

Distinto es cuando el incumplimiento del vendedor es la causa determinante del daño en las mercaderías, caso en el cual se aplica el artículo 66: por tratarse de una pérdida o deterioro imputable a la conducta del vendedor (no accidental). El comprador, entonces, podrá negarse a pagar el precio o hacer uso de cualquiera de los remedios de que dispone. Por consiguiente, el artículo 70 cobra importancia cuando las mercaderías afectadas por un incumplimiento del vendedor, experimentan, después de la transmisión del riesgo al comprador, un daño accidental. En este supuesto, el ejercicio de los remedios por parte del comprador se limitará sólo al incumplimiento, sin extenderse al daño posterior de las mercaderías.

CONCLUSIONES

El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías pasará del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercancías.

La CISG establece unas normas supletorias para su utilización - a falta de acuerdo contractual- del momento, lugar y la manera de cumplir la obligación del principal del vendedor

de entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención.

Sin embargo, las partes pueden resolver esa cuestión en su contrato mediante una estipulación expresa al respecto o remitiendo a alguna cláusula comercial como sería, por ejemplo, alguna de las cláusulas Incoterm. La remisión a cualquiera de esas cláusulas excluiría la aplicación de toda disposición en contrario de la Convención. Sin embargo, para el caso frecuente en que el contrato no haya previsto nada al respecto, la Convención ofrece un juego completo de reglas supletorias.

Los dos supuestos especiales previstos por la CISG son cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercancías y cuando las mercancías se venden en tránsito. En todos los demás casos el riesgo se traspasará al comprador cuando éste se haga cargo de las mercancías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercancías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. En el caso frecuente en que el contrato versa sobre mercancías aún sin identificar, no se considerará que las mercancías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha pasado a ser del comprador.

En el caso hipotético formulado al comienzo del presente trabajo, donde se había estipulado "CIF Puerto Cabello, Venezuela", y los bienes se embarcaron en Veracruz, México, el vendedor MEX, asumió todos los riesgos de pérdida o daño de los equipos electrónicos hasta el momento en que el contenedor donde se transportaban hubiese sobrepasado la borda del buque M/N MEX-VEN, en el puerto de Veracruz. De allí, la mercancía viajó por cuenta y riesgo de VEN, ya que la transmisión del riesgo se produjo, conforme a ese Incoterm, al entregarla a MEX a bordo del buque en ese puerto de embarque.

En consecuencia, MEX, como vendedor pierde las 30 unidades hurtadas, ya que el hurto ocurrió antes de que las mercaderías pasaran la borda del buque y el comprador VEN deberá soportar la pérdida resultante del daño a las restantes unidades causado por efecto de las lluvias y el agua del mar, ocurrido durante la navegación del buque de Veracruz a Puerto Cabello, cuando ya el riesgo de su pérdida o daño se le había transmitido.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanillas Sánchez, Antonio. *Comentarios a la Convención de Viena ...La Compraventa Internacional de Mercancías.* (Madrid, 1998).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980.

Cova Arria, Luis. "Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico". Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Serie Estudios # 92. Caracas, 2010.

Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso. "La Compra Venta Internacional de Mercancías, en Contratos Internacionales, Madrid, 1997.

La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®

Fernando Sanquírigo Pittevil*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 110-139

Resumen: Este trabajo hace un análisis sobre la transferencia del riesgo en los Incoterms® y su relación con las normas sobre la transferencia del riesgo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Palabras clave: Transferencia del Riesgo, Incoterms®, CISG, Compraventa internacional

The passing of risk, CISG and INCOTERMS®

Abstract: *This essay analyses the passing of risk under Incoterms® and its relationship with the rules of the passing of risk enshrined in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

Keywords: *Passing of risk, Incoterms®, CISG, International sale.*

Autor invitado

Recibido: 19/07/2022

Aprobado: 21/08/2022

* Profesor de la Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello y Adjunct Professor de la University of Missouri. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Asesor de la Dirección Editorial de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®

Fernando Sanquírigo Pittevil*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 110-139

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Incoterms® como usos y costumbres mercantiles. 2. Aplicación de los Incoterms® bajo la CISG. 3. El riesgo y su transferencia. 4. Transferencia del riesgo bajo CISG. 5. Transferencia del riesgo bajo Incoterms®. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La utilización de los usos y costumbres cobra cada vez más relevancia en el comercio. No es que estos fueran irrelevantes o poco usados en el pasado, sino que, con el paso del tiempo, estos han sido de utilidad generalizada, incluso sorteando los intentos limitantes de algunos ordenamientos jurídicos que pretenden dar soluciones a los problemas, distintos a los que los actores comerciales se dan a sí mismos, configurados como usos y costumbres mercantiles.

Su relevancia llega a ser tal, que algunos organismos internacionales se han volcado sobre estos para codificarlos en instrumentos normativos –*soft law*–¹; mientras que algunos Estados han buscado en ellos la fuente, directa o indirecta, de las normas que positivizan dentro de sus territorios. Adicionalmente, ha habido casos en los que los codificadores internacionales han buscado darle un valor preponderante a los usos y costumbres mercantiles, de forma tal, que si bien, directamente, no están presentes, se les incorpora por referencia o se atiende a ellos como elemento de interpretación de los contratos que hacen vida en el comercio. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la “Convención” o “CISG” por sus siglas en inglés), la cual, entre sus cláusulas de interpretación, establece la preminencia de los usos y costumbres².

* Profesor de la Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello y Adjunct Professor de la University of Missouri. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Asesor de la Dirección Editorial de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

¹ Fernando Sanquírigo Pittevil, “*Soft law. Derecho y terminología*,” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 13, (2020): 423. Ver también Javier Ochoa Muñoz, “Aplicación de la *Lex Mercatoria*” en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, coor Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis Villarroel y Carla Resende, Tomo II (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), 823 “Por otro lado, desde los planteamientos de Schmitthoff, se ha resaltado que los usos y costumbres del comercio internacional ya no sólo se determinan de manera espontánea por la práctica comercial, sino que además resultan especialmente importantes los trabajos de las asociaciones gremiales comerciales (*formulating agencies*) como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), sin duda alguna la más activa e influyente en este aspecto, la *International Air Transport Associations (IATA)*, etc. Asimismo, participan en esta labor de codificación o sistematización de los usos y costumbres, otras entidades de naturaleza intergubernamental académica o mixtas (UNCITRAL, UNIDROIT, CENTRAL, etc.). Entre los diversos entes se han venido desarrollando esfuerzos para sistematizar y codificar los usos y las costumbres, aunque lo cierto es que muchas veces esta labor trasciende la simple sistematización, y se convierte en una labor de creación y proposición de normas.”

² Expresamente, la Nota Explicativa de la CISG de la Secretaria de UNCITRAL establece a este respecto que “La Convención contiene disposiciones sobre cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el

Este tipo de disposiciones –especialmente las establecidas en el Artículo 9 de la Convención³– que incorporan los usos y costumbres mercantiles, las cuales se ajustan a las necesidades de los comerciantes, haciendo más eficientes sus relaciones comerciales⁴, han hecho de la Convención un instrumento de amplia aceptación, no solo por los Estados, sino por los mismos comerciantes, logrando que en la actualidad un 80% de las compraventas internacionales de mercaderías estén reguladas por la CISG⁵.

En este sentido, son precisamente los términos comerciales parte de esos usos y costumbres mercantiles que han sido constantemente utilizados por los comerciantes, los cuales han tenido innumerable aplicación al amparo de la CISG, ya sea por virtud de incorporación directa y, por tanto, aplicación preferente por acuerdo de las partes en el contrato⁶; o como hemos ya mencionado, por virtud de la aplicación del artículo 9 por ser estos, de nuevo, usos y costumbres mercantiles⁷.

Bajo el amparo de las premisas anteriores, este trabajo estará dedicado a estudiar el tema de la transferencia del riesgo bajo los Incoterms[®] y la Convención, para luego hacer una revisión final de la relación –si es que existe– respecto de la transferencia del riesgo, entre la CISG y los Incoterms[®] con miras a determinar si estos son excluyentes entre sí, o si hay un complemento ante la presencia de un Incoterms[®] bajo la aplicación de la Convención.

1. ¿Incoterms[®] como usos y costumbres mercantiles?

Para poder determinar la naturaleza de los Incoterms[®] como usos y costumbres mercantiles, es necesario, en primer lugar, comprender qué son, de dónde vienen y su relación con los términos comerciales⁸.

contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convenidos por las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas y los usos del comercio, de los que las partes tenían o debieran haber tenido conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, pudieran todos ellos ser obligatorios para las partes en un contrato de compraventa.”

³ Artículo 9 de la Convención. “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.”

⁴ Juana Coetzee, “The interplay between Incoterms and the CISG,” en *Journal of Law and Commerce* 32, no. 1 (2013), 3

⁵ Ingeborg Schwenzer, “Introduction” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 1

⁶ Artículo 6 de la Convención “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”

⁷ Como veremos, existe una discusión sobre la naturaleza de los Incoterms[®] sobre si son o no usos y costumbres mercantiles.

⁸ Por términos comerciales (en inglés *trade terms, delivery terms, shipping terms*) nos referimos a las abreviaturas que utilizan los comerciantes para determinar de forma reducida, pero precisa las obligaciones referidas a la entrega de las mercaderías, la distribución de los costos y gastos de transporte y seguro, la distribución del riesgo, entre otros. Sobre este particular ver James Otis Rodner S., *Elementos de Finanzas Internacionales*, 3era ed. (Caracas: Editorial Torino, 2008), 968-969 explica sobre los términos comerciales que “[c]on el propósito de simplificar el entendimiento de cómo y dónde se va a realizar la entrega de los bienes producto de una venta y quién corre con los gastos de transporte y seguro, se han desarrollado términos de aceptación universal que describen las condiciones de entrega, seguros y los

Los usos y costumbres mercantiles “...son entendidos como prácticas y hábitos asumidos por los comerciantes en el desarrollo de su actividad y que gracias a su uso reiterado se convierten en fuente de derecho...”⁹; o dicho de otra forma son un conjunto de prácticas regularmente observadas por los comerciantes, que por su uso reiterado o consuetudinario crea expectativas frente a terceros capaces de obligar legalmente a los demás actores comerciales, siendo, además, parte de la *lex mercatoria*¹⁰.

Estos usos y costumbres mercantiles empezaron a conformarse durante la edad media, motivados por la necesidad de una regulación que hiciera eficiente el tráfico comercial, y por la ausencia de Estados sólidamente conformados capaces de crear normas jurídicas de aplicación general¹¹. Así, luego de un lánguido receso por parte del derecho mercantil en general como consecuencia del fortalecimiento del Estado moderno, surge, de nuevo, el derecho mercantil, a finales del siglo XIX¹², renaciendo con fuerza y características propias, que se nutre de los usos y costumbres que cada vez serán más desarrollados.

costos de los mismos (tales como FOB, CIF, etc.); mientras que Luis Cova Arria, *Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico: Comentarios, casos y materiales*, 2da ed. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 102-103 considera que “[l]os “*términos comerciales*” tienen una doble función. En Primer lugar, son un método de identificación, mediante una denominación común. Esta evita largas discusiones y permite que las futuras partes contratantes delimiten la operación proyectada mediante el empleo de una corta fórmula. Con esto, los “*términos comerciales*” responden a la necesidad de rapidez que predomina en las transacciones comerciales, necesidad todavía más imperiosa, al tratarse del comercio internacional... Desde otro punto de vista, “*los términos comerciales*” tienen una función de incorporación por referencia, basta con que las partes se refieran a ellos, para que, automáticamente, se encuentren incorporadas al contrato todas las cláusulas que determinen las obligaciones que, en virtud de los usos, están comprendidas, de un modo característico, dentro del tipo de venta designado normalmente por el término empleado. Esto contribuye, en gran medida, a que se dé un contenido prácticamente idéntico a aquellos contratos que se refieren a una misma categoría de compraventa.”

⁹ Walter René Cadena Afanador, *La nueva lex mercatoria: La transnacionalización del derecho*, (Bogotá: Universidad Libre, 2004), 74-75

¹⁰ Para nosotros, los usos y costumbres mercantiles serán parte de la *lex mercatoria*, la cual comprende otros elementos aparte de los usos y costumbres. Sobre este particular existe discusión referente al concepto de *Lex mercatoria*, equiparando, en algunos casos, los usos y costumbres mercantiles a la *lex mercatoria* “...pues son usualmente asimilados en el empleo de un lenguaje flexible y pragmático. Además, tal delimitación podría verse influenciada por los particularismos de sistemas jurídicos nacionales, y por lo tanto no serían aplicables a la comprensión de un lenguaje jurídico universal... [por tanto] Los usos y costumbres, codificados o no, constituyen quizás la parte más esencial e irreductible de la *lex mercatoria*” Javier Ochoa Muñoz, 823, nota 1. En todo caso, según Miguel Gómez Jene “*Lex mercatoria* y arbitraje comercial internacional: El ejemplo de una nueva ley de arbitraje española” en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, ed. Jorge Alberto Silva (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002), 138-139 “...haciendo ahora una fuerte simplificación de las posturas doctrinales existentes, podría afirmarse –en principio– que el debate ha girado básicamente en torno a cuatro puntos cardinales” aquel que se caracteriza por dudar de la propia existencia de la *lex mercatoria*; aquel que únicamente la concibe como un particular conjunto de usos y costumbres propios del comercio internacional –concepción *clásica*–; aquel que incluso llega a otorgarle rango de verdadero ordenamiento jurídico –concepción *avanzada*–; y, por fin, aquel que, desde una perspectiva eminentemente dogmática, ve en las técnicas clásicas del derecho internacional privado un importante cauce para crear y desarrollar esa suerte de *ius commune* que puede ser la *lex mercatoria*.”

¹¹ Para un recuento histórico sobre el surgimiento del derecho comercial, ver Jorge Alberto Silva “Resurgimiento de la *Lex mercatoria*: La regulación de las relaciones comerciales internacionales” en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, ed. Jorge Alberto Silva (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002), 225-285

¹² James-Otis Ronder S., *La Globalización. Un proceso dinámico*. (Caracas: Editorial Anauco, 2001), 197 “...a partir de la Pax Britannicae (después de la Batalla de Waterloo). Con la Pax Americanis (2^{da} posguerra), el comercio internacional gana un desarrollo asombroso. Con este impulso contemporáneo del comercio, se van desarrollando usos y costumbres dirigidas a regular las relaciones entre exportadores e importadores, compañías navieras, compañías de

Entre estos nuevos usos y costumbres, se encuentran los términos comerciales, los cuales, mediante el uso de proposiciones cortas y abreviadas –DAP, CIF, EXW, etc.–, nutren de contenido específico a los contratos de compraventa internacional –en ocasiones de forma más eficiente que la propia ley aplicable–¹³, especialmente en lo referente a obligaciones relacionadas con la entrega de los bienes, los costos de transporte, seguro, y, por supuesto, transferencia del riesgo¹⁴.

Los términos comerciales –especialmente FOB, FAS y CIF– surgen a mitad de 1800 en virtud del “... surgimiento de la navegación a vapor, aun cuando hacia finales del siglo XIX, un 40 por ciento más o menos de la navegación marítima se hacía todavía a velero”¹⁵.

Así, el desarrollo de los términos comerciales por los usuarios de estos, los cuales por su naturaleza son dinámicos y susceptibles de desarrollos y modificaciones en el tiempo, hace que estos sean entendidos de diferentes formas, dependiendo del contexto y del lugar en que los mismos se adopten; razón por la cual, los redactores de la CISG no definieron ningún tipo de término comercial dentro de la Convención¹⁶. Adicionalmente, es usual que las partes que utilizan los términos comerciales, basados en la autonomía de la voluntad, modifican dichos términos, buscando hacer más eficiente su relación comercial¹⁷.

Lo anterior ha hecho que intentos codificadores de los términos comerciales hayan propuesto las definiciones de cada uno de estos, tratando de darle uniformidad, evitando así, costos transaccionales, desacuerdos y disputas sobre la interpretación de términos particulares que las partes de un contrato hayan podido elegir¹⁸. Entre estas codificaciones encontramos los *American Foreign Trade Definitions* de 1941; los incorporados en el artículo 2 del Uniform Commercial Code (“UCC”) de los Estados Unidos; y los más usados, los Incoterms® en su versión actual del 2020.

seguros y, recientemente, todo el proceso financiero internacional. Estos usos, prácticas y costumbres que regulan las relaciones comerciales y financieras internacionales constituyen la nueva *Lex Mercatoria*.”

¹³ Juana Coetzee, 3, nota 3

¹⁴ William P. Johnson, “Analysis of Incoterms as usage under Article 9 of the CISG,” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35, no 2 (Invierno 2013): 388 “By selecting and appropriate delivery term, parties define each of their respective responsibilities relating to shipment of the goods and satisfaction of customs formalities for transportation of the goods. The parties also define the risk of loss while the goods are in transit...”. Ver también Melissa Miller Proctor, “Comparing INCOTERMS® 2020 Rules and UCC Shipping Terms (FOB, FAS and CIF),” *Thomson Reuters Practical Law*, <https://1.next.westlaw.com/Document/I38f9445cea1a11ebbea4f0dc9fb69570/View/FullText.html?listSource=Foldering&originationContext=clientid&transitionType=MyResearchHistoryItem&contextData=%28oc.Search%29&VR=3.0&RS=cblt1.0>

¹⁵ Luis Cova Arria, 31-35, nota 8

¹⁶ Juana Coetzee, 3, nota 3 “The downside, however, is that commercial customs and practices are understood differently depending on the place and context in which they are applied. Moreover, by nature, trade terms are dynamic and susceptible to developments in commercial practice. Hence, trade terms’ meanings are not immutable. That was one of the reasons why the drafters of the CISG refrained from defining trade terms in the Convention.” Mientras que William P. Johnson, 388, nota 14 establece que “While delivery terms provide default allocation of risk and responsibility, the precise meanings of any of these delivery terms will ultimately depend on the applicable source of the definition for the delivery term.”

¹⁷ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee. *Global Sales and contract law* (New York: Oxford University Press, 2012) ¶29.27

¹⁸ William P. Johnson, 389-390, nota 14

Sobre los términos comerciales contenidos en el artículo 2 del UCC, en el 2003 se procedió a eliminar del articulado la referencia y definición de estos, debido a que no reflejaban las prácticas modernas¹⁹; lo que hizo que se dijera que dicha eliminación contribuiría aún más a la difusión y uso de los Incoterms^{®20}. Sin embargo, la eliminación de los términos comerciales de UCC no fue bien acogida dentro de los Estados Unidos, lo que llevó, en 2011, a una nueva revisión del artículo 2, y se revirtiera la eliminación propuesta en 2003²¹.

Por su parte, si bien UCC e Incoterms[®] comparten definiciones similares como FOB, FAS y CIF, existen diferencias entre otros términos, como por ejemplo C&F; Ex-Ship; y No Arrival, No Sale; Net landed weight; payment on arrival; overseas, términos contenidos solo en el UCC; mientras que términos como EXW, FCA, CPT, CIP, CFR, DAP y DPP se encuentran únicamente en los Incoterms^{®22}.

Como hemos visto, cada uno de los términos comerciales independientemente considerados, pueden ser o no utilizados en transacciones nacionales o internacionales, para delimitar ciertas obligaciones que tienen las partes en los contratos de compraventa de bienes. Dependiendo de la voluntad de las partes, el término escogido puede tener sus propias particularidades, sometido a la definición a la que se acojan las partes (e.g. UCC o Incoterms[®]); o incluso, habiendo escogido una definición recogida en algún instrumento, las partes podrán incorporar las modificaciones que éstas puedan considerar apropiadas; haciendo de los términos comerciales, elementos más o menos estándar, cuya aplicación dependerá de la interpretación dada en cada caso concreto.

En el contexto planteado en el párrafo anterior, los Incoterms[®] 2020, explican y definen 11 de los términos comerciales más utilizados en el comercio B2B, en lo referente a la compraventa de bienes, tanto nacional como internacional²³. De esta forma, queda claro que los Incoterms[®] no pretenden otra cosa que definir y, por tanto, estandarizar, los términos comerciales más utilizados, que, al serlo, parecen usos y costumbres comerciales. Sin embargo, al definir los términos comerciales, en algunas ocasiones, se hace arbitrariamente, desviándose de lo que sucede en la

¹⁹ Melissa Miller Proctor, nota 14

²⁰ Jan Ramberg, "To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?" *Journal of Law and Commerce* 25, no 1 (Otoño 2005), 219

²¹ Melissa Miller Proctor, nota 14 "The 2003 revisions to Article 2 included the deletion of all shipping terms from the model code because they were thought to no longer adequately reflect modern shipping practices. However, no state enacted these amendments. In 2011, the Permanent Editorial Board for the UCC recommended the withdrawal of the amendments from the official text of the UCC. Therefore, the current official text of Article 2 has reverted to the pre-2003 version enacted in most states, with all shipping terms intact. However, many sources still retain the outdated text of the 2003 Amendments which does not contain shipping terms. Counsel should ensure it is working with the current version of Article 2, which does contain UCC shipping terms."

²² William P. Johnson, 392, nota 14

²³ International Chamber of Commerce. *Incoterms[®] 2020. ICC rules for the use of domestic and international trade terms*, (Paris: International Chamber of Commerce, 2019), 2 "The Incoterms[®] rules explain a set of eleven of the most commonly-used three-letter trade terms, e.g. CIF, DAP, etc., reflecting business-to-business practice in contracts for the sale and purchase of goods... The Incoterms[®] rules are NOT in themselves –and are therefore no substitute for– a contract of sale. They are devised to reflect trade practice for no particular *type* of goods –and for *any*. They can be used as much for the trading of a bulk cargo of iron ore as for five containers of electronic equipment or then pallets of airfreighted fresh flowers."

práctica mercantil, por lo que dichas definiciones vendrían a ser armonizaciones para la estandarización de los contratos de compraventa de bienes²⁴.

Esto ha hecho que la Cámara Internacional de Comercio (“ICC”) en un esfuerzo por proteger el trabajo intelectual realizado, de recoger e interpretar a los términos comerciales en general, ha registrado el nombre de Incoterms[®], requiriendo el uso del símbolo de registro ® cuando se use la denominación Incoterms^{®25}.

Sin embargo, a pesar del registro de la marca, ello no implica que ICC sea el propietario de los términos comerciales en general, o que pueda alterar o corregirlos en su forma de utilización en el comercio; o que otras organizaciones o personas no puedan interpretar los usos y costumbres mercantiles y definir los términos comerciales en el futuro²⁶.

Puede intuirse, entonces, que los Incoterms[®] propiamente dichos y en sentido técnico, no son usos y costumbres mercantiles, sino que cada uno de los términos comerciales definidos en sí mismos, pueden reflejar los usos y costumbres mercantiles; existiendo la posibilidad, que una definición arbitraria, dada por el codificador –en este caso ICC– sea utilizada por los participantes de los distintos mercados, de forma tal, que se convierta a su vez en un uso y costumbre en sí mismo.

Si bien los términos comerciales, comenzaron siendo un producto de los usos y costumbres mercantiles –que comenzaron a fraguarse a mediados del siglo XIX–; hoy en día, producto de la labor codificadora y armonizadora llevada a cabo por distintos organismos, y en especial por ICC, algunos o parte de los términos comerciales pueden llegar a ser ajenos a los usos y costumbres, y dependiendo de la aceptación de estos, podrán convertirse o no en usos y costumbres. Lo que sí parece ser claro, es que apartarse de los usos y costumbres podría ser un riesgo que dejaría sin uso el término comercial propuesto arbitrariamente, independientemente de la intención de su creación.

Quedaría entonces claro que, bajo la definición de *lex mercatoria*, continente de los usos y costumbres y demás codificaciones del derecho comercial internacional²⁷, se enmarcarían entonces

²⁴ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010” en *Current Issues in the CISG and arbitration*, ed. Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer y Petra Butler, International commerce arbitration vol 15 (La Haya: Eleven International Publishing, 2014), 232 “It must therefore be concluded that Incoterms still reflect custom of the trade, but, in some respects, amount to no more than a standard form contract.”

²⁵ Ver <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-copyright/>

²⁶ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010”, 232, nota 24

²⁷ José Carlos Fernández Rozas, “El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización,” en *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, no 5 (2000), 48-49 “En términos jurídicos importa detenerse en las fuentes de la nueva *lex mercatoria*. Si el derecho común de los comerciantes de la Edad media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes del comercio internacional”, la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”. No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos. De un lado, la denominada “legislación internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales que crean un “derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc... En este sector existe, ciertamente, una práctica de los comerciantes generadora de “normas materiales comunes”, pero son los estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico

los Incoterms[®], dada su naturaleza codificada por la ICC, que no hace sino interpretar, recoger, armonizar y, en algunas ocasiones, innovar términos comerciales.

Lo hasta aquí referido parece ser cónsono con la interpretación de ICC de los Incoterms[®] cuando expresamente requiere que estos sean utilizados como adjetivo y no como sustantivo, implicando que al hablar de Incoterms[®] sean referidos como las Reglas Incoterms[®] o las Definiciones Incoterms^{®28}; implicando que estas son unas Reglas o Definiciones propias realizadas o recogidas por esta organización.

A pesar de ello, la doctrina parece ser mayoritaria al aceptar que los Incoterms[®] son usos y costumbres mercantiles, que debieran ser conocidos por la mayoría de los participantes del comercio internacional²⁹; lo que contraría –en nuestra opinión– el sentido propio de los Incoterms[®], y más aún el verdadero valor de cada uno de los términos comerciales, definidos o no por la ICC, los cuales son, en su propia naturaleza, términos comerciales producto de los usos y costumbres³⁰. Sin embargo, como dijéramos, ello no obsta a que el uso de los Incoterms[®] sea tal, que determinados Incoterms[®] se conviertan a su vez en usos y costumbres mercantiles.

interno. De otro lado, un sector relevante de las fuentes de la nueva *lex mercatoria* está integrado por lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados “términos comerciales uniformes” entre los que se encuentran los INCOTERMS adoptados por la *Cámara de Comercio Internacional*, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etc.

En el ámbito de la formulación de las normas, cada estado y cada sistema regional ha de establecer normas sobre el *Derecho del comercio internacional* que respeten un “análisis económico global”, tanto los objetivos de liberalización establecidos en el plano mundial como, más intensamente, en el plano regional (libertades comunitarias). Al mismo tiempo, las propias organizaciones internacionales que velan por el bien de tal economía mundializada, adoptan a menudo normas que, directamente, supone una reglamentación específica de los intercambios comerciales internacionales.”

²⁸ Ver <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-copyright/> cuando explican que “Do always use the trademark Incoterms[®] as and adjective to the ICC approved Rules” the Incoterms[®] Rules, an Incoterms[®] Rule, Incoterms[®] definition, (i.e. “Using the Incoterms[®] Rules”) and never as a noun (i.e. not “some Incoterms” or “When Incoterms are used”)

²⁹ Ch. Pamboukis, “The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods” *Journal of Law and Commerce* 25, no 1 (Otoño 2005), 126-127 “The INCOTERMS are commercial terms that have been established in the field of international sale of goods. Because of their broad application, in my opinion, they should be regarded in principle as usages.”; Juana Coetzee, 6, nota 3 “INCOTERMS[®] may apply on the basis of article 9(2) of the CISG as widely-observed international trade usages of which the parties knew or ought to have known.”. Sin embargo opiniones disidentes como Johan Erauw, “CISG Articles 66-70: The risk of loss and passing it,” *Journal of Law and Commerce* 25 (2006), 212 “Incoterm rules are neither international usages nor usages that the parties “ought to have known”; they require a contractual reference or a usage between the parties”; o en un sentido más reservado William P. Johnson, 403, nota 14 “The key question, then is, whether the Incoterms definitions of delivery terms reflect practices that are so established that they can be said to have reached the point at which participants in the relevant industry simply expect to abide by them. Ultimately, this is a factual inquiry to be undertaken by the relevant finder of fact. But commentary suggests that Incoterms have reached that point.”

³⁰ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010”, 225, nota 24 al aseverar que los Incoterms[®] son un mero reflejo de la práctica del comercio, o en su mayor definición, usos y costumbres comerciales: “In fact, the value of Incoterms as an expression of international commercial practice...” Ver también Gonzalo Stampa “El comercio internacional: Definición y regulación. La denominada *Lex Mercatoria*. El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y principales características,” en *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Francisco José Peláez Sanz y Miquel Griñó Tomas (Barcelona: Bosch, 2009), 43 “Desde su creación la Cámara de Comercio Internacional de París centraría una parte de sus esfuerzos en la recopilación de los usos y costumbres más extendidas en el comercio internacional mercantiles, formulando en 1936 los denominados Incoterms”; y a Javier Ochoa Muñoz, 825, nota 1 “Con la

2. Aplicación de los Incoterms® bajo la CISG

Como hemos visto, existen dos posiciones respecto de la naturaleza de los Incoterms® (i) la que los considera como usos y costumbres del comercio internacional; y (ii) la que los considera como una codificación y armonización de los usos y costumbres, sin ser propiamente usos y costumbres en sí misma.

Dependiendo de la postura, su aplicación bajo la CISG puede darse de una u otra forma; ya que, como veremos, al amparo de la Convención, los Incoterms® pueden tener aplicación simultánea y/o preferente con aquella.

La Convención tiene como principio general, en el artículo 6³¹, a la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, tal y como está redactada la norma, las partes podrán excluir la aplicación de la Convención, en todo o en parte, o incluso modificar sus efectos³².

Así pues, bajo el amparo del mencionado artículo es posible hacer aplicables términos comerciales –incluidos los Incoterms®³³– lo que pareciera no crear mayores problemas de interpretación, cuando la incorporación de dichos términos comerciales se ha hecho de forma adecuada, sobre todo si la incorporación de estos se ha hecho de una fuente codificada, p.e., Incoterms®³⁴. En todo caso, bajo una perspectiva de incorporación expresa de los términos comerciales, no cabría la discusión sobre la naturaleza de estos, incluidos los Incoterms®, puesto que su aplicación a la relación contractual viene hecha en virtud de la aplicación de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, tal y como explicaremos, aun cuando se haya hecho la incorporación del término comercial de forma adecuada, no implica que no deban hacerse interpretaciones, sobre todo en lo concerniente a la interrelación –si es que esta es posible– entre la Convención y los términos comerciales incorporados en el contrato.

incorporación de tales términos las partes aluden indirectamente a sus obligaciones y responsabilidades, lo que las constituye en verdaderas cláusulas abreviadas, cuyo contenido queda comprendido por las correspondientes versiones de los INCOTERMS. Estos no hacen otra cosa que recoger el significado contractual de los términos más utilizados en la práctica de la compraventa internacional de mercaderías.”

³¹ CISG Artículo 6 “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”; mientras que en la Nota Explicativa de UNCITRAL se establece que “El principio básico de la autonomía contractual, en la compraventa internacional de mercancías, está reconocido por la disposición que permite que las partes excluyan la aplicación de la Convención o modifiquen los efectos de cualquiera de sus disposiciones. Esta exclusión tendrá lugar, por ejemplo, cuando las partes declaren aplicable a su contrato la ley de un Estado contratante, o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante. La Convención dejará de ser aplicable siempre que una estipulación del contrato se aparte de lo dispuesto en la Convención.”

³² Juana Coetzee, 5, nota 3 “It is therefore permissible to depart from the provisions of the CISG to varying degrees. Parties can either deviate from the effect of a particular rule or they can totally exclude a provision and replace it by their own regulation.”

³³ Ineborg Schwenger y Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. I Sphere of Application, Article 6,” en *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 105

³⁴ Johan Erauw, 213, nota 29

En todo caso, la incorporación expresa de un término comercial a un contrato –sometido a la aplicación de la CISG– de forma inadecuada, puede generar serios problemas de interpretación, implicando costos que las partes han podido evitar. Como hemos visto, los términos comerciales tienen diversas fuentes –ya sea los usos y costumbres mercantiles, la UCC, Incoterms® u otra fuente alterna–, por lo que la inadecuada inclusión de estos términos comerciales implicaría ver más allá de la simple autonomía de las partes, y realizar un trabajo interpretativo de la voluntad de las partes, sus usos y prácticas, e incluso las negociaciones llevadas a cabo por ellas, tal y como lo requiere el artículo 8 –especialmente el ¶3– de la Convención³⁵.

Bajo el escenario de incorporación inadecuada de los términos comerciales, pareciera no haber problema relativo a la voluntad de las partes de aplicar un término comercial (DAP, FOB, CIF, etc.), sino relativo a la forma que las partes puedan haber querido o entendido en que se interpretaba dicho término –entre esta interpretación, también cabe, la referida a la transferencia del riesgo–. Bajo este parámetro habría que indagar, basados en el artículo 8 de la CISG, en la intención de las partes, sus negociaciones, sus prácticas, los usos y el comportamiento de estas en la ejecución de sus negocios en general.

Adicional a la aplicación de la autonomía de la voluntad, queda reforzada la aplicación de cualquier uso y/o prácticas establecidas por las partes en el contrato, de acuerdo con el artículo 9(1) de la Convención³⁶. En todo caso, tal y como acabamos de mencionar, el artículo 9(1) no hace sino reforzar la idea de la incorporación expresa de los términos comerciales –en concordancia con el artículo 6 CISG–, y las prácticas que éstas hayan establecido en sus relaciones comerciales –en concordancia con el artículo 8 CISG–³⁷.

³⁵ CISG Artículo 8. “(1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. (2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. (3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.”

³⁶ CISG Artículo 9. “(1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.”

³⁷ Martin Schmidt-Kessel, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. II General Provisions, Article 9,” en *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 181 y 183-184 “Article 9 makes clear that the legal relationship of the parties to the contract is also determined through usages and practices. In particular, the provision correspondingly supplements the content of the contract. The consideration of usages and practices under paragraph 1 occurs on the basis of the intent of the parties, determined under Article 8. To this extent paragraph 1 is merely declarative since its rules already ensue from Articles 6 and 8 (...) According to Article 9(1) the parties are bound by any usage to which they have agreed. The question of how exactly the term ‘usage’ in the sense of paragraph 1 is to be understood is in the end without importance, since under Article 8 any rule to which the parties refer –with sufficient clarity but not necessarily by explicit reference– applies by virtue of agreement. To this extent, the Article serves a purely declaratory function and it does not matter whether the usage agreed upon by the parties is legally binding on them without such agreement. However, with paragraph 1 comes the widespread practice of parties referring to usages committed to writing, such as... the ICC Incoterms®”

Diferente problema surge, cuando las partes no han hecho referencia expresa a un término comercial (artículo 6 CISG); y ante la ausencia de prácticas establecidas entre ellas (de acuerdo con la interpretación del artículo 8 CISG). En este caso, la aplicación del artículo 9(2)³⁸ de la Convención resuelve el problema, pero, sin embargo, la postura referente a la naturaleza de los términos comerciales, en especial los Incoterms[®], debe ser resuelta por el intérprete.

Desde el punto de vista de la norma, para que un uso sea incorporado al contrato, en ausencia de estipulación expresa, o dicho de otra forma, para que se entienda que un uso tiene aplicación tácita al contrato, cuatro son los requisitos que deben darse. Así, el artículo 9(2) de la Convención establece la necesidad de (i) que las partes no hayan realizado un acuerdo en contrario, ya sea, mediante la incorporación de otro uso, o mediante la mención expresa de no aplicar el uso en particular³⁹; (ii) cuando tienen conocimiento, o han debido tenerlo del uso que se debe incorporarse tácitamente; (iii) que dicho uso es ampliamente conocido en el comercio internacional; y (iv) que sea regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate⁴⁰.

El principal problema que se ha detectado sobre este artículo no es tanto el relacionado a la determinación de los requisitos mencionados, sino el referente a la determinación del concepto “uso”⁴¹, y por consiguiente, si los términos comerciales caben dentro de la definición de uso requerida por la Convención. Sobre este particular, se ha interpretado que el término ‘uso’ es un término autónomo⁴², que deberá ser interpretado en su sentido subjetivo –bajo el conocimiento y utilización de las partes–; y objetivo –de acuerdo con el conocimiento de los participantes del tráfico mercantil⁴³.

Bajo esta óptica, la referencia a los ‘usos’ establecida en el artículo 9(2) de la Convención, puede hacer aplicable los términos comerciales, incluidos los Incoterms[®], siempre y cuando, quien solicita la aplicación de uso tácitamente incorporado, demuestre los requisitos exigidos por la referida norma. Así, la aplicación amplia de los Incoterms[®], como usos, no parece ser correcta, puesto que la parte que pide la incorporación bajo el artículo 9(2) deberá demostrar es la aplicación de la definición Incoterms[®] en particular (EXW, FCA, CPT, etc.), y en general que dicha definición Incoterms[®] es la que es ampliamente utilizada y reconocida como uso tanto subjetivamente –requisitos (ii)–, como objetivamente –requisitos (iii) y (iv)–.

³⁸ CISG Artículo 9. “(2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.”

³⁹ William P. Johnson, 405, nota 14 “...The other party must have the opportunity to attempt to show that the usage is nevertheless not a part of the parties’ agreement, because the parties have agreed that it isn’t –that is, Article 9(2) would have made the usage an implied term, but the other party has successfully demonstrated that the parties have “otherwise agreed.”

⁴⁰ Ver Ch. Pamboukis, 118-121 nota 29; y William P. Johnson, 405, nota 14

⁴¹ William P. Johnson, 397, nota 14 “Ultimately, the text of the CISG does not define the term usage, and it offers only limited insight regarding the definition of the term. We must therefore determine the definition of usage by some other means.” Ch. Pamboukis, 111 nota 29 “On the contrary, and in light of the complex character of international transactions, the Convention did not intend to provide, or even to incite, a codification of trade usages and it does not contain a definition of usages or practices.”

⁴² Martin Schmidt-Kessel, 187, nota 37

⁴³ Ch. Pamboukis, 111 nota 29

3. El riesgo y su transferencia

Desde el punto de vista semántico no-jurídico, ‘riesgo’ significa “contingencia o proximidad de un daño”⁴⁴; mientras que, en el comercio, la noción de riesgo tiene una significación mucho más amplia, aunque siempre atada a la referida posibilidad o proximidad del daño. Así

Las operaciones de comercio internacional, así como toda compraventa, implican para el vendedor (exportador) el riesgo de que el comprador no le pague el precio de la cosa vendida y para el comprador (importador), el riesgo que la mercancía que está adquiriendo no sea de la calidad y cantidades deseadas.

Adicionalmente, en el comercio internacional existe un riesgo de moneda. El precio está denominado en una moneda determinada. Existe el riesgo de que el valor de cambio de la moneda cambie a favor o en contra (se revalúa o se devalúa) de la parte en la operación que asume el pasivo (o sea, el importador). Si el importador debe el precio y la autoridad monetaria de su país suspende pagos internacionales, entonces el exportador sufre el efecto (no pago del precio) de un riesgo de transferencia. Existen individualmente riesgos de transporte, normalmente cubiertos por seguros de transporte⁴⁵.

Para atender a un concepto legal de riesgo, así como sucede en el lenguaje económico comercial, pareciera que es necesario acompañar al ‘riesgo’ de un adjetivo que califique el tipo de riesgo al que podríamos enfrentarnos. Este es quizás el caso del ‘riesgo’ legal, el cual pareciera que ni en la Convención ni en los Incoterms[®] se encuentra claramente definido, sino que viene acompañado de adjetivos que lo califican.

Expresamente el artículo 66 de la Convención determina que “[l]a pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio...”, dejando duda sobre a qué riesgo se refiere, puesto que, de la primera lectura, pareciera haber una diferencia entre ‘pérdida’, ‘deterioro’, ‘riesgo’ y ‘precio’.

Sin embargo, la Nota Explicativa de la CISG de la Secretaría de UNCITRAL pareciera aclarar el punto al hacer una determinación del “riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías”⁴⁶. Semejante planteamiento sucede con los Incoterms[®] cuando en la introducción a los mismos se hace mención expresa a soportar el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías.⁴⁷

De esta forma, el ‘riesgo’ legal al que nos alude tanto la CISG como Incoterms[®] es el referido a la pérdida o deterioro de la cosa vendida, y más específicamente la riesgo relativo al precio estipulado; puesto que la consecuencia de soportar el riesgo de pérdida o deterioro viene referida a la de asumir el costo del deterioro o pérdida de la cosa, siendo que, si quien soporta el riesgo es el vendedor, este asumirá el costo por deterioro o la pérdida, sin recibir el precio de venta, mientras que si quien soporta el riesgo es el comprador, este asumirá el costo de deterioro o

⁴⁴ Real Academia Española <https://dle.rae.es/riesgo?m=form>

⁴⁵ James Otis Rodner S., *Elementos de Finanzas Internacionales*, 975-976, nota 8

⁴⁶ ¶31 “El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías pasará del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercancías...”

⁴⁷ ¶36 “While the buyer would end up bearing the risk of loss of or damage to the goods at an early stage of the transport chain...”

pérdida, quedando igualmente obligado a pagar el precio de compra⁴⁸; de ahí el nombre que se le da de *riesgo de pérdida o deterioro*⁴⁹, o *riesgo del precio*⁵⁰.

Además de sufrir la pérdida o deterioro de la cosa, la transferencia del riesgo usualmente también determinará a la parte que estará legitimada para iniciar las posibles acciones que puedan existir –de haber responsabilidad por su parte– en contra del transportista, o de requerir –en caso de haberse contratado– el seguro contratado⁵¹.

Por su parte, los conceptos pérdida y deterioro están relacionados con la integridad de los bienes referida a (i) robo, (ii) confiscación⁵², (iii) destrucción, (iv) daños, o (v) deterioro; así los primeros tres (i) (ii) y (iii), se refieren a pérdida; mientras que el resto se refiere a deterioro⁵³.

Así en el derecho de bienes, el riesgo es incuestionado cuando no se discute la transferencia de propiedad, puesto que existe una regla general que determina que la cosa perece para su dueño⁵⁴.

De esta forma, ante cualquier pérdida o deterioro que sufra la cosa, en ausencia de un acuerdo en contrario, el propietario del bien sufrirá el costo derivado de la pérdida o del daño en cuestión. La situación se complica cuando estamos en presencia de transferencia de propiedad, puesto que el momento de cambio de titular está determinado por el derecho aplicable en cuestión⁵⁵, lo que podría, a grandes rasgos diferenciarse entre (i) la transferencia de propiedad

⁴⁸ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.01, nota 17

⁴⁹ Jorge Adame Goddard, *El contrato de compraventa internacional* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 1994), 327-328

⁵⁰ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.01, nota 17

⁵¹ Florian Mohs, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Introduction to Articles 66-70,” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 950

⁵² Según Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.05, nota 17 “At the international level there are opposing views as to whether cases involving seizure or confiscation by governmental measures fall within the type of risk by Article 66 CISG. In essence, two positions exist on this issue: The first excludes cases of seizure and confiscation from the scope of Article 66; the second, on the other hand, includes them. The excluding view argues that the risk should lie with the party who is best able to get insurance or has an insurance obligation. Protection from governmental measures is not something for which insurance is normally available and is thus not part of the contemplated risk. An exception is made for goods taken by an enemy state during times of war –for which it is possible to obtain insurance. Furthermore, this view argues that the risk contemplated by Article 66 CISG concerns the integrity of the goods. It is these legal rights, in particular ownership, which are interfered with when goods are seized or confiscated. The including, and seemingly majority, view is that governmental measures are encompassed in Article 66 CISG. This view argues that it should not matter how the goods are lost, simply that they are lost. It is suggested that this interpretation should be preferred as it reconciles the ‘enemy state’ exception recognized by the excluding view.

⁵³ P.M Roth, “The passing of risk,” *Journal of Law & Commerce* 32, no 1 (2013): 291

⁵⁴ María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, *Curso de Bienes y Derechos Reales* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2022), 497

⁵⁵ John H. Wigmore, “More jottings on comparative legal ideas and institutions,” *Tulane Law Review* 6, no 2 (1931-1932), 272 “In every jurisdiction which, having individual ownership of chattels (movables), contemplates and protects change of such ownership, the law appears to recognize possession, rights of use and disposal and duties of preservation as elements of property which are in one person before the transfer begins and in another after the transfer has been completed. Considering only such transfers as are made for money value and confer complete ownership, *i.e.*, sales, excluding barter or exchange, donations, lease, loan, mortgage and pledge, various systems may provide for the passing of these elements at different times, and attach different consequences to events producing loss or

mediante la entrega de la cosa; y (ii) la transferencia de propiedad en el momento de perfeccionado el contrato por el consentimiento de las partes⁵⁶.

Pareciera entonces que, en principio, ante la determinación de la transferencia de propiedad por la ley aplicable, el riesgo se transfiere bajo el amparo del principio expresado de ‘la cosa perece para su dueño’. Sin embargo, el concepto de riesgo es un concepto independiente, y su transferencia no siempre se da con la transferencia de la propiedad, sino que puede estar sujeto a otros hechos, determinados por las normas aplicables, lo que, a su vez, hace que la transferencia del riesgo sea dependiente de otros momentos legalmente determinados.

En el Derecho Romano hay que distinguir dos momentos distintos en la compraventa. En primer lugar, tenemos el momento de perfeccionamiento del contrato, que se da con la simple manifestación del consentimiento⁵⁷; y la entrega de la cosa al comprador –*traditio*–, lo cual podía suceder en un momento posterior a la de la manifestación del consentimiento. Como puede observarse, aun cuando existe un contrato perfeccionado, ello no implica la entrega de la cosa, que, legalmente se daba en un momento destino –aunque fácticamente se diera en el mismo momento– lo que deja un período en el que el vendedor retiene la cosa⁵⁸.

En todo caso, el Derecho Romano no consideraba que el vendedor mantuviera el riesgo para sí, sino que, con el perfeccionamiento del contrato, el riesgo pasaba al vendedor (*periculum est emptoris*), esto debido a que se consideraba justo que, si el comprador disfrutaba del aumento del precio y de los frutos que pudiera tener la cosa vendida, aun cuando estuviese en poder del vendedor, entonces debía sufrir el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa⁵⁹.

Esta forma de transferir el riesgo fue cuestionada durante el siglo XVII, encontrando entre sus mayores críticos a Hugo Grocio, quien sostenía que la transferencia del riesgo debía darse, no con la manifestación del consentimiento, sino con la transferencia de la propiedad, asumiendo el principio, ya señalado, de ‘la cosa perece para su dueño’ (*res perit dominio*)⁶⁰. En todo caso, Grocio defendía que la transferencia de la propiedad se daba con el perfeccionamiento del contrato, por lo que no existe una diferencia práctica real con la forma en que sucedía la transferencia del riesgo con el Derecho Romano⁶¹.

damage of the thing sold between the several stages of the process of transfer: formation by consent of the parties of the contract of sale, transfer of title, transfer of possession, shipment, delivery and acceptance.”

⁵⁶ Para John H. Wigmore, 274-275, nota 55 “Ownership then, in chattels, is not necessarily a matter of title; and of course, except in most countries in the case of currency, is not determined by possession. When if at all, is title in ascertained goods transferred? In Roman law, title so far as it exist is transferred on delivery of possession; and so in Swiss, German, Austrian and Spanish law. In the common law, French and Italian laws, the transfer of title occurs upon de formation of the contract to sell.”

⁵⁷ Alfredo di Pietro y Ángel Enrique Lapieza Elli, *Manual de Derecho Romano*, 3era ed. (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1982), 289-290

⁵⁸ Para Rafael Bernad Mainar, *Curso de Derecho Privado Romano*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 449 “En materia de responsabilidad por pérdida o deterioro de la cosa vendida en el intervalo entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa, quiebra el principio general del Derecho Romano, según el cual la cosa perece para su dueño (*res perit dominio*) que, en nuestro caso sigue siéndolo el vendedor, ya que la compraventa no transmitía el dominio de la cosa...”

⁵⁹ Rafael Bernad Mainar, 449, nota 58

⁶⁰ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.24, nota 17; y Florian Mohs, 952, nota 51

⁶¹ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.24, nota 17

De igual forma, al ser la transferencia de la propiedad un momento determinado por el derecho, puede darse entonces que la transferencia de la propiedad se dé con la manifestación del consentimiento –tal y como postulaba Hugo Grocio–, o que la transferencia de la propiedad se dé con la entrega de la cosa, lo que sigue haciendo a la transferencia del riesgo un concepto elusivo, que ha hecho que los redactores de instrumentos internacionales como la Convención sobre la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías –precedente de la Convención– y la misma CISG, hayan separado la transferencia de la propiedad y la manifestación del consentimiento de la transferencia del riesgo⁶².

Distinto de lo anterior sucede en las legislaciones particulares de cada Estado, en donde es mayormente aceptado el principio de que la transferencia del riesgo se da con la transferencia de la propiedad⁶³. Sin embargo, en la compraventa internacional el sistema de *res perit dominio* parece no ser eficiente para los comerciantes, quienes han desarrollado la transferencia del riesgo alrededor de los conceptos de entrega (*delivery*) y envío (*hand over*)⁶⁴.

Vale acotar que no siempre hay una distinción entre estos conceptos, los cuales suelen ser utilizados indistintamente, o en el lenguaje común puede interpretarse –en algunos casos– como que uno puede haber implicado el otro. Sin embargo, el envío –*hand over*– implica que el vendedor se ha desprendido del control de las mercancías de la forma en que el contrato o las normas aplicables le determinan hacerlo (p.e. al transportista, o en un lugar determinado); mientras que la entrega –*delivery*– refiere a la recepción de las mercancías por parte del comprador o su representante. En todo caso, como dijéramos, la distinción conceptual es meramente técnica, y usualmente no hay una verdadera distinción normativa entre envío –*hand over*– y entrega –*delivery*–, existiendo además otras formas de definir a cada una⁶⁵.

⁶² P.M Roth, 293-294, nota 53

⁶³ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.36, nota 17 “*Res perit dominio* is still the predominant approach to the passing of risk at the domestic level. It is used in the traditional Romanistic systems and has travelled from there to Iberoamerican systems as well as the Middle Eastern and Arab countries. In these systems, title typically passed with the conclusion of the contract. This confirms the earlier assertion that, for these systems, the practical outcome under this default system does not differ from *periculum est emptoris*.”

⁶⁴ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.40, nota 17

⁶⁵ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶¶ 29.02-07, nota 17 “29.02 ‘Delivery’ has various aspects. Therefore, it is necessary to subcategorize the term by adding qualifying words. The plain meaning of the word delivery and its traditional understanding envisage that the seller physically hands over the goods to the buyer. This form of delivery occurs where the seller and the buyer are in the same place at the same time or where the buyer itself collects the goods from the seller or the seller takes the goods to the buyer. All of these actions may of course be effected by representatives. This form of delivery can be described as physical delivery. Included in this notion is the sale of software which may be electronically transferred.

29.03 This traditional notion of delivery comes from a market place where buyers and sellers are engaged in face-to-face transactions with the consequence that goods are handed over and a change in physical possession occurs. However, nowadays this notion of delivery is insufficient because of the implicit emphasis placed on a change in physical possession of the goods before reselling them on the market. Similarly, because of the importance of delivery in relation to other aspects of sales such as the passing of risk, it is necessary for the law to deem delivery to have occurred typically where the seller has done all that is required to fulfill its delivery obligation despite the buyer failing to take physical possession. Furthermore, the buyer may already be in possession of the goods at the time when delivery should occur, thus excluding any change in physical possession. This is also true in situations where the seller retains physical possession of the goods.

29.04 To accommodate all these needs of trade, legal systems have developed two further subcategories to the notion of delivery. Although different terms may be used by individual legal systems to describe these categories, the factual situations envisaged are the same.

Como veremos en mayor detalle en los capítulos a continuación, la transferencia del riesgo, independientemente del momento en que esta pueda ocurrir, solo se materializa en caso de cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor hasta el momento en que la transferencia del riesgo debe ocurrir⁶⁶.

4. Transferencia del riesgo bajo CISG

La transferencia del riesgo bajo la CISG está regulada en los artículos 66 al 70, teniendo relación importante con otros artículos de la Convención. En todo caso, de los artículos mencionados, el artículo 66⁶⁷ expresa el principio general relacionado con la transmisión del riesgo, sin establecer cuándo o bajo qué circunstancias el riesgo se transfiere.

Por su parte, el artículo 70⁶⁸ establece la relación que existe entre el incumplimiento esencial del contrato, por parte del vendedor, y la transferencia del riesgo, tal y como explicaremos más adelante. Eso deja a los artículos 67 al 69⁶⁹, como los artículos que determinan el momento en que el riesgo se transfiere, de acuerdo con lo estipulado por la Convención.

29.05 In the first instance a ‘symbolic delivery’ may occur. A symbolic delivery is one where the seller delivers an item to the buyer, typically documents representing the goods and entitling the holder of the document to possession of the goods. This is a particularly common form of delivery in the commodity trade. As discussed earlier, in some legal systems this form of delivery has explicitly been separated into the obligation of the seller to hand over documents representing the goods to the buyer. However, the notion of symbolic delivery is not to say that there is no change in possession, simply that there is no change in physical possession.

29.06 The second instance can be described as ‘deemed delivery’. This category encompasses all situations where the law deems delivery to have occurred despite the lack of a change in physical possession or the handing over of any item intended as symbolic delivery. Typically, such deeming rules are required to protect the seller in instances where physical or symbolic delivery has not occurred due to some act or omission by the buyer. The notion of deemed delivery may also be necessary to deal with situations where either the buyer had physical possession prior to the conclusion of the contract or where the seller retains physical possession of the goods on behalf of the buyer.

29.07 All of the above-described categories of delivery fall under the rubric of legal delivery. Legal delivery is the point in time and place where the applicable law determines that delivery has occurred and consequently the law also recognizes its effects, irrespective of whether there has been a change in physical possession or not.”

⁶⁶ John H. Wigmore, 277, nota 55

⁶⁷ CISG Artículo 66 “La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.”

⁶⁸ CISG Artículo 70 “Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.”

⁶⁹ CISG Artículo 67 “(1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

(2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.”

CISG Artículo 68. “El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los

Debemos que aclarar que la determinación de la transmisión del riesgo, bajo la CISG, no está atada o vinculada con la transferencia de la propiedad (bajo el principio de que la cosa perece para su dueño), ni tampoco sigue un esquema uniforme en la forma de determinar el momento de la transferencia del riesgo⁷⁰.

La falta de vinculación de la transferencia del riesgo a la transferencia de la propiedad viene dada al hecho de que la CISG no regula lo concerniente a los efectos que puedan existir sobre la propiedad de las cosas vendidas⁷¹, ya que esta sigue, de alguna forma, el viejo sistema romano que requería la *traditio* luego de la formación del contrato⁷², dejando la regulación de la transferencia de la propiedad al contrato mismo, o al derecho que resulte aplicable.

De esta forma, los artículos 67 al 69 regulan lo referente al momento en que el riesgo se transmite, dependiendo de cada una de las modalidades contempladas en cada uno de dichos artículos (i) cuando el contrato requiere transporte de las mercancías –artículo 67 CISG–; (ii) cuando las mercancías son vendidas en tránsito –artículo 68 de la CISG–; y (iii) cuando la venta de las mercancías no está regulada por los artículos 67 y 68 –artículo 69 de la CISG–⁷³.

El artículo 67(1) establece dos supuestos relacionados con el transporte de las mercaderías y un supuesto relacionado con la retención de documentos. Así, el primero de ellos, está referido a cuando el contrato requiere el transporte de las mismas, y que el vendedor no deba entregarlas en un lugar determinado, entonces la transferencia del riesgo ocurrirá cuando los bienes vendidos, se “pongan en poder” –*hand over* según la versión en inglés– del primer porteador.

documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

CISG Artículo 69. “(1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

(2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega al comprador y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

(3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas.”

⁷⁰ Johan Erauw, 211, nota 29

⁷¹ CISG Artículo 4. “La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: (a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; (b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.”

⁷² CISG Artículo 30. “El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.”

⁷³ La Nota Explicativa de UNCITRAL sobre la CISG en el ¶32 establece “Los dos supuestos especiales previstos por la Convención son cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercancías y cuando las mercancías se venden en tránsito. En todos los demás casos el riesgo se traspasará al comprador cuando éste se haga cargo de las mercancías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercancías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. En el caso frecuente en que el contrato versa sobre mercancías aún sin identificar, no se considerará que las mercancías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha pasado a ser del comprador.”

Bajo este supuesto se abren tres temas importantes que deben ser considerados (i) que el contrato establezca la necesidad de transporte; (ii) el significado de porteador; y (iii) que los bienes se “pongan en poder” del primer porteador⁷⁴.

El primer tema, –que el contrato establezca la necesidad de transporte– no queda satisfecho por el simple hecho de que el contrato establezca que los bienes deben ser transportados de un punto a otro, puesto que este requisito quedaría satisfecho cuando el vendedor sea quien transporta los bienes a un lugar determinado, o el comprador sea quien los transporta⁷⁵. Por tanto, el artículo 67 debe leerse en conjunto con el artículo 31(a) de la Convención⁷⁶, que implica el transporte de las mercancías por parte de un tercero denominado *porteador*.

La definición del ‘porteador’ ha sido comprendida –bajo los artículos 31(a) y 67– como un transportista independiente de ambas partes del contrato; puesto que, si el transportista es el mismo vendedor, este no se estaría realizando el envío –*hand over* o según el mismo artículo 67 ‘poner las mercaderías en poder de’⁷⁷, lo que implica que el vendedor no se desprende del control de las mercaderías. Por su parte, si el transportista es el comprador, entonces, obviamente, no aplicaría el artículo 67 de la CISG, sino que estaríamos frente a la aplicación del artículo 69, que, como veremos, el riesgo se transmite cuando el comprador “se haga cargo de las mercaderías”.

En todo caso, el supuesto se refiere al primer porteador, independientemente de que en la cadena de transporte existan diferentes porteadores, pues bastará que se entreguen las mercancías al primer porteador de la cadena de transporte en cuestión.

Especial atención se ha puesto a la definición de porteador, cuando este es una compañía afiliada o subsidiaria del vendedor, puesto que este podría estar utilizando compañías interpuestas para, de mala fe, realizar la transferencia del riesgo sobre las mercaderías de forma anticipada. En este caso, se ha entendido que el porteador debe ser independiente del vendedor, sin que ello prohíba la presencia de subsidiarias y compañías relacionadas al vendedor. Como hemos visto, la interpretación del mismo artículo requiere que el vendedor ‘ponga en poder del primer porteador’ –de nuevo, envío o realice el *hand over*– lo que implica que este no tenga el control –directo o indirecto– de las mercaderías⁷⁸.

El tercer punto, de alguna forma ya mencionado, sobre el envío –*hand over*– implica que el vendedor ya no retiene el control de las mercancías vendidas, lo que su contrapartida implica que el porteador debe haberlas recibido o tomado bajo su control, de acuerdo con las disposiciones del contrato de transporte. En este sentido, si el transportista no recibe las mercaderías, el vendedor no podría dejarlas *huérfanas*, debido a que la transferencia del riesgo al comprador no se

⁷⁴ Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 67,” en *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 969

⁷⁵ Pascal Hachem, 969, nota 74

⁷⁶ CISG Artículo 31. “Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: (a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador...”

⁷⁷ Como hemos dicho más arriba, *hand over* o envío implica que el vendedor se ha desprendido del control de las mercancías de la forma en que el contrato o las normas aplicables le determinan hacerlo.

⁷⁸ De nuevo ver Pascal Hachem, 971-972, nota 74

materializaría. En este caso, el vendedor, como titular del riesgo, tendrá un problema contractual derivado del incumplimiento del porteador, pero ante esa falta de recepción de las mercancías, deberá responder por deterioro o pérdida de las mercancías hasta tanto el porteador las reciba, lo que implicaría definitivamente el envío, y por tanto la transferencia del riesgo⁷⁹.

El segundo supuesto del artículo 67(1) establece que el vendedor debe poner a disposición del porteador las mercancías en un lugar determinado. De nuevo, como en el primer supuesto, el porteador debe ser independiente; y el lugar de entrega no debe ser el del comprador, puesto que dicho supuesto estaría regulado por el artículo 69. En todo caso, es lógico pensar, que si el primer supuesto del artículo 67(1) se refiere a la entrega al primer porteador, si se dispone un lugar de entrega al porteador, es independiente que sea el primero o cualquier otro de la cadena de transporte, puesto que, según el o los contratos de transporte, basta que las mercancías sean entregadas al porteador que se encuentre en el lugar designado para que la transferencia del riesgo ocurra⁸⁰.

El tercer supuesto del artículo 67(1) se refiere al efecto que tiene la retención de los documentos, por parte del vendedor, sobre la transferencia del riesgo. Es entendido, que los documentos a los que se refiere este artículo son los documentos que demuestran la propiedad de las mercancías u otro documento, cualquiera que este sea⁸¹. En todo caso, la retención de dichos documentos por parte del vendedor no afectará la transmisión del riesgo en ninguno de los supuestos del artículo 67(1).

La norma establecida en el artículo 67(2) es un condicionante a la transferencia del riesgo⁸². Así, se requiere que las mercancías vendidas estén claramente identificadas de cualquier modo, para que el riesgo del artículo 67 –y también del 69– se pueda transferir. Esto tiende a evitar mala fe de parte del vendedor que no ha identificado claramente las mercancías vendidas, que han sufrido algún daño o deterioro, imputando al comprador el riesgo de dicha parte, sin que se supiera claramente de forma previa si la porción dañada o deteriorada era realmente la correspondiente al comprador. El artículo 68, por su parte, regula la transferencia del riesgo cuando las mercancías son vendidas en tránsito⁸³. Esta norma está dividida en dos supuestos determinativos de la transferencia del riesgo, y una excepción, la cual no hay unanimidad en la doctrina si refiere a los dos supuestos del artículo 68, o solo al segundo⁸⁴.

⁷⁹ Filip Risteski, “Passing of risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Iustinianus primus law review*, 12, no 1 (2021), 7

⁸⁰ Pascal Hachem, 975, nota 74

⁸¹ Pascal Hachem, 975, nota 74

⁸² CISG Artículo 67. (2) “Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.”

⁸³ Jorge Adame Goddard, 337, nota 49 “Las ventas de mercancías en tránsito pueden plantearse, más que como contratos de compraventa, como contratos de cesión de derechos o, como a veces se dice sin rigor técnico, como “ventas de documentos”. Conforme a este planteamiento, el comprador es en realidad un acreedor cesionario del transportista, a quien puede exigir la entrega de las mercancías, y de la compañía de seguros, a la que puede exigir la indemnización en caso de pérdidas...”

⁸⁴ Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 68” en *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 984

El primer supuesto pareciera no generar mayores problemas interpretativos, puesto que hay claridad en la redacción de la norma, siendo que el riesgo de las mercancías vendidas en tránsito se transmitirá desde el momento de la celebración del contrato, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención⁸⁵. Por su parte, el segundo supuesto pareciera privar sobre el primero “si así resultare de las circunstancias”; transmitiéndose el riesgo desde que las mercancías fueron entregadas al porteador “que haya expedido los documentos acreditativos del transporte”.

La expresión “que haya expedido los documentos acreditativos del transporte” es entendida como el documento que demuestre la existencia del contrato de transporte⁸⁶, el cual usualmente es el conocimiento de embarque⁸⁷. Respecto de las circunstancias resultantes, no hay unanimidad en su interpretación⁸⁸, sin embargo, parece ser lugar común aceptar que cuando existe una póliza de seguro que cubra las mercancías, desde el momento en que el vendedor entregó los bienes al porteador, la cual es transferida al comprador, implica que las circunstancias así lo indican⁸⁹. En todo caso, será cuestión de interpretación del caso concreto determinar si las circunstancias son suficientes para que exista transferencia del riesgo de la venta de mercancías en tránsito desde que el vendedor entrega las mercancías al porteador.

Respecto de la excepción del artículo 68⁹⁰, como mencionamos, no existe unanimidad de interpretación, sobre si aplica al primer supuesto, al segundo o a los dos. A pesar de que la mayoría de la doctrina tiende a orientarse por establecer que únicamente aplica al segundo supuesto⁹¹, nuestra postura es que debe aplicar a los dos supuestos, puesto que el comprador no deberá sufrir el riesgo de las mercancías deterioradas o perdidas con conocimiento del vendedor no revelado al comprador.

⁸⁵ CISG Artículo 23. “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.”

⁸⁶ Pascal Hachem, 983, nota 84

⁸⁷ *O bill of lading*. Según Chris J. Nagel, et al., *Commercial Law*, 6ta ed (Africa del Sur: Lexis Nexis, 2019), 405 “...a bill of lading works as a receipt of freight services, a contract between a freight carrier and shipper and a document of title. The bill of lading is a legally binding document providing the driver and the carrier all the details needed to process the freight shipment and invoice it correctly”

⁸⁸ Pascal Hachem, 981, nota 84 “In light of the drafting history export-oriented legal systems favour a broad interpretation of this rule, while import-oriented legal system prefer a restrictive interpretation that strictly observes the intended character of the provision as an exception. This creates the risk of a divergent interpretation and application of the CISG, which Article 7(1) intends to prevent.”

⁸⁹ Jorge Adame Goddard, 337, nota 49; y Pascal Hachem, 981-982, nota 84

⁹⁰ CISG Artículo 68. “...Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

⁹¹ Pascal Hachem, 984, nota 84 “The wording of the provision is not particularly helpful to decide the issue. It appears that restricting sentence 3 to sentence 2 is now the prevailing view. There is support for this proposition in the positioning of this provision, in particular, in the fact that it has not been established as a separate paragraph. In addition, the question, whether the goods were damaged –and therefore non-conforming– at the time of contracting is not a question of passing of risk. The fact that Article 36(1) establishes passing of risk as the relevant time for conformity of the goods and that this on account of Article 68, sentence 1 coincides with contract formation does not change this finding. In contrast to ULIS the CISG does not link passing of risk to delivery. It is simply a case of non-conformity under Article 35. There is further evidence in Article 70, which maintains the buyer’s remedies specifically for situation of fundamental breach of contract. If the seller is in bad faith with regard to the damage to the goods, this is only relevant in the context of Articles 40, 43.”

El artículo 69 de la CISG está dividido en tres normas, que regulan, principalmente, el supuesto de la transferencia del riesgo general, no contemplado en los artículos 67 y 68. El 69(1) y el 69(2) deben ser leídos en conjunto, con miras a entender ambos supuestos. Así, el 69(1) establece que será transferido el riesgo cuando el comprador se hace cargo de las mercancías, o cuando puestas a su disposición no las reciba, entendiéndose que comprador y vendedor se encuentran en un mismo lugar⁹². Lo anterior es entendido por interpretación concordante de los artículos 31(c)⁹³ que contiene la obligación del vendedor entregar las mercancías en su establecimiento; y del 69(2) que establece expresamente que “si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor...”.

Como puede observarse de la premisa anterior, el artículo 69(1) contiene la provisión de transferencia del riesgo cuando el comprador se haga cargo de las mercancías, lo que implica una contrapartida, por parte del vendedor, de entregar las mercancías en su establecimiento –artículo 31(c)– en el momento indicado en el contrato, o en su defecto en el momento que establece el artículo 33⁹⁴. De igual forma, el comprador tiene la obligación de recibir las mercaderías, lo cual, en caso de no hacerlo, implicará que se transferirá el riesgo, si el vendedor ha realizado todos los actos correspondientes para realizar la entrega de las mercaderías.

El artículo 69(2), como hemos dicho, establece el supuesto en el cual, el vendedor debe entregar los bienes en un lugar distinto al de su establecimiento, en cuyo caso, la transferencia del riesgo ocurrirá en el momento en que deba hacerse la entrega, de acuerdo con el contrato o el artículo 33, y cuando el comprador ‘tenga conocimiento’ de que las mercancías están a su disposición.

En este sentido, es interpretado que el conocimiento del comprador de que las mercancías están a su disposición no implica conocimiento legal, sino conocimiento fáctico; lo que implica que el vendedor tendrá la carga de la prueba sobre el conocimiento del comprador sobre la puesta a disposición de las mercaderías por parte del vendedor⁹⁵.

⁹² Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 69” en *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 989

⁹³ CISG Artículo 31. “Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá... (c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.”

⁹⁴ CISG Artículo 33. “El vendedor deberá entregar las mercaderías: (a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o (b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o (c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.”

⁹⁵ Pascal Hachem, 994-995, nota 92 “According to Article 69(2), risk only passes ‘when the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place’. There is general agreement that the phrasing ‘aware’ requires actual knowledge of the buyer that the goods have been placed at his disposal. Unawareness due to negligence or even gross negligence is not sufficient. This, however, does not lead to a notice requirement. Nevertheless, subject to notifications through third parties, notification of the buyer will typically be necessary to make the buyer aware that the goods have been placed at its disposal. In difference to Article 27 that notice travels at the risk of the seller. The buyer must not abuse the requirement of actual knowledge to defer passing of risk to the detriment of the seller. In particular, as the seller bears the burden of proving the buyer’s knowledge, the requirement of actual knowledge cannot be purely subjective. It is therefore sufficient, that the notice enters the sphere of control of the buyer in a way that

Por su parte, el artículo 69(3), al igual que el artículo 67(2) establece el principio general de la Convención de que, para que la transferencia del riesgo ocurra, deben identificarse las mercancías que se pongan a disposición del comprador. La forma de identificación, al igual que en el artículo 67(2) no es exhaustiva, y es suficiente que se identifiquen las mismas, para que el requisito se cumpla para la transferencia del riesgo.

El artículo 70, como mencionáramos arriba, establece la relación que existe entre la transferencia del riesgo y el incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor. En este caso, independientemente que el riesgo se haya transferido, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 67, 68 o 69, si el vendedor incurrió en incumplimiento esencial, no implicará que el comprador pueda ejercer todos los derechos y acciones que tenga bajo el contrato, la Convención y el derecho aplicable.

Ello implica que, de verificarse un incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor, el comprador podrá pedir la resolución del contrato o incluso la sustitución de las mercancías, independientemente de que las mercancías entregadas se encuentren pericidas o deterioradas⁹⁶. Igualmente, el comprador podrá solicitar todos los daños y perjuicios a los que haya lugar, en caso del incumplimiento esencial por parte del vendedor.

Es importante tener en cuenta, que la transferencia del riesgo en todos los escenarios anteriores ocurre siempre y cuando no exista incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Esto se debe, a que, de existir incumplimiento por parte del comprador, la transferencia del riesgo se verificará, siempre y cuando el vendedor haya cumplido con sus obligaciones de entregar o enviar las mercancías, de acuerdo con el contrato y con la CISG.

En todo caso, el riesgo puede retornar al vendedor después de haber transferido el riesgo en caso de que exista no conformidad de las mercancías, supuestos establecidos en el artículo 36 de la Convención⁹⁷.

En el caso del artículo 36(1) el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los bienes –establecida en el artículo 35⁹⁸–, en el momento de la transmisión del riesgo, aun

under usual circumstances it could reasonably be expected that the buyer would take notice and hence gain actual knowledge.”

⁹⁶ Jorge Adame Goddard, 342, nota 49

⁹⁷ CISG Artículo 36. “(1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento. (2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.”

⁹⁸ CISG Artículo 35. “(1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. (2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: (a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; (b) que sean patas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; (c) que posean cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; (d)

cuando dicha falta de conformidad se manifieste después de que el riesgo se haya transmitido. Ello implica que, si al momento de la transmisión del riesgo, o si después de transmitido el riesgo, se supiera que los bienes no eran conformes al momento de la transmisión del riesgo, entonces el vendedor será responsable por la pérdida o deterioro de las mercaderías.

Por su parte, el artículo 36(2) establece que el vendedor será responsable de la pérdida o deterioro de las mercancías por falta de conformidad, después de que el riesgo haya pasado, cuando haya incumplido con cualquiera de sus obligaciones contractuales, incluidas cualesquiera garantías otorgadas de que las mercaderías serán conformes por determinado período⁹⁹.

Es importante recordar que, las disposiciones sobre la transmisión del riesgo contenidas en la CISG solo serán aplicables en caso de que no sea aplicable por disposición expresa –artículo 6 de la Convención– o por disposición tácita o vía de usos y costumbres –artículo 9 de la convención– algún uso o costumbre mercantil, relativo a la transmisión del riesgo, como puede darse con la incorporación de los Incoterms®.

5. Transferencia del riesgo bajo Incoterms®

Los Incoterms®, tal y como hemos referido, definen a 11 de los términos comerciales comúnmente usados¹⁰⁰ en el comercio internacional; pero que pueden ser utilizados tanto en el comercio nacional como internacional¹⁰¹. Los Incoterms® regulan, en cada uno de sus términos las obligaciones del vendedor y el comprador, relacionadas con el transporte, seguros de las mercancías, quién obtiene los documentos de transporte y exportación o importación; la transferencia del riesgo; y los costos relacionados con el transporte, empaque, carga o descarga, entre otros¹⁰².

Según el diseño de los Incoterms® 2020, las obligaciones del vendedor en cada uno de los términos están reguladas en las normas ‘A’, mientras que las obligaciones del comprador están reguladas bajo las normas signadas ‘B’. Así las normas para la transferencia del riesgo de cada uno de los términos definidos por Incoterms® 2020, está en las normas A3 y B3. De los 11 Incoterms® 2020 definidos, todos establecen sobre la transferencia del riesgo en la norma A3 lo siguiente:

que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. (3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados (a) a (d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador ocnociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.”

⁹⁹ Ingeborg Schwenzer, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. II Obligations of the Seller, s. II Conformity of the goods and third party claims, Article 36” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 989

¹⁰⁰ International Chamber of Commerce. *Incotemrs® 2020*, 2, nota 23

¹⁰¹ Ya en el título de los Incoterms® 2020 se establece que su uso es para términos comerciales nacionales e internacionales.

¹⁰² International Chamber of Commerce. *Incotemrs® 2020*, 2, nota 23

El vendedor soportará el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías hasta que hayan sido entregados de acuerdo con A2, con la excepción de pérdida o deterioro en las circunstancias descritas en B3.¹⁰³

En este sentido, ya puede observarse que los Incoterms[®] 2020 determinan el momento de la transferencia del riesgo a la entrega de los bienes, en la norma de cada uno de los términos, que por homogeneidad de los Incoterms[®] 2020, está establecida en la norma A2. Sin embargo, la norma B3 de los Incoterms[®] 2020 es distinta en la mayoría de los casos, y establece para cada uno de los 11 términos definidos, las obligaciones que tiene el comprador respecto a la transferencia del riesgo (p.e., recibir lo bienes, determinar el transportista, entre otros)

Para mejor determinación de la transferencia del riesgo en cada uno de los términos definidos por los Incoterms[®] 2020, a continuación, pasaremos a explicar cada uno de los 11 términos por separado, en lo que se refiere al tema expuesto, y se explicará además lo relativo a la entrega y recepción de la entrega de las mercaderías, en el sentido de que, como explicáramos, la entrega es, por definición de los Incoterms[®] 2020, el momento en que el riesgo se transfiere al comprador.

Para poder seguir, es importante recordar que los Incoterms[®] 2020 no establecen cuál es la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones definidas en cada uno de los términos comerciales, por lo que, para hacer tal determinación, será importante revisar las estipulaciones contractuales y de derecho aplicable, especialmente de la Convención, en caso de aplicar a la relación específica.

EXW (Ex Works)

EXW implica, que el vendedor debe entregar la mercancía en el almacén del vendedor o en cualquier otro lugar determinado en el contrato, sin necesidad de que las mercancías se encuentren cargadas en el transporte; y en la fecha indicada o dentro del plazo indicado. En este sentido, bajo A10 el vendedor deberá notificar al comprador de que puede recibir la entrega de las mercancías.

Por su parte, el comprador, bajo B2, está obligado a recibir las mercancías una vez realizado el envío por el vendedor, bajo A2 y notificado por el vendedor, de acuerdo con A10. En todo caso, si las mercancías deben ser entregadas en un punto específico dentro de un área determinada y dentro de un lapso específico determinados por el comprador, de acuerdo con B10, el comprador debe notificar al vendedor sobre estos con suficiente tiempo.

De esta forma, de acuerdo con B3, si el vendedor ha cumplido con sus obligaciones bajo A2 y A10, el riesgo se transfiere al comprador, en el entendido de que los bienes han sido debidamente identificados –B10–. De igual forma, el comprador soportará el riesgo en caso de que el vendedor no pueda entregar las mercancías por falta de cumplimiento B10. Desde el punto de vista temporal, si la entrega debe realizarse dentro de un lapso específico, para que la transferencia del riesgo se materialice, dicho lapso debe cumplirse en su totalidad.

¹⁰³ Traducción libre del autor.

FCA (Free Carrier)

FCA es transportador exento en sitio convenido. Esto implica que, bajo A2 el vendedor debe entregar las mercancías al transportista o al representante del comprador, claramente identificadas –B3–. En el caso de FCA la entrega puede darse de dos formas (i) en el almacén del vendedor, en cuyo caso la entrega se realiza cuando las mercancías se han cargado en el medio de transporte proporcionado por el comprador; o (ii) cuando las mercancías son puestas a disposición del transportista o el representante del comprador en otro lugar distinto del almacén del vendedor, y las mercancías estén listas para ser descargadas del medio de transporte del vendedor.

Para que el vendedor pueda realizar la entrega bajo A2, el comprador –según B10– debe notificar al vendedor sobre (i) quien es el representante o el transportista encargado de recibir las mercancías; (ii) el momento en que su representante o el transportista deberán recibir las mercancías; (iii) el modo de transporte que usará su representante o el transportista y las precauciones que deben tomarse para el transporte; (iv) el lugar exacto de entrega, en caso de no haberlo provisto anteriormente.

Si se cumplen las obligaciones de A2 y B10, y el comprador acepta la entrega, de acuerdo con B3, entonces este soportará el riesgo de pérdida o deterioro desde el momento de entrega. En todo caso, si el comprador no hace la determinación de su representante o del transportista, o si las personas nominadas no aceptan la entrega, entonces el comprador soportará el riesgo desde la fecha en que fue acordada la entrega, o desde el término del lapso que había sido acordado para la entrega.

CPT (Carriage Paid To) y CIP (Carriage and Insurance Paid To)

CPT es transporte pagado hasta el sitio, mientras que CIP o transporte y seguro pactado hasta el sitio, entendiendo que la única diferencia entre estos términos es la relacionada con la contratación del seguro del transporte que deberá pagar el vendedor de acuerdo con A5.

Bajo A2, el vendedor deberá entregar las mercancías, en la fecha o dentro del lapso establecido, al transportista –que deberá contratar de acuerdo con A4–. En este sentido, es importante recalcar que solo basta que el transportista tome posesión de los bienes, mediante la entrega de las mercancías por parte del transportista, para que se entienda que hubo entrega –*delivery*–.

De esta forma, una vez realizada la entrega, la transferencia del riesgo se verifica; entendiendo que, si el lugar preciso de entrega –por parte del transportista–, o la fecha exacta, dentro del lapso convenido de entrega, dependen de la determinación del comprador, este deberá señalarlos, dentro de un tiempo prudencial. Según B10, la falta de determinación del momento o el lugar exactos, determinará la transferencia del riesgo al comprador, desde el momento en que el lapso previamente convenido haya finalizado.

DAP (Delivered at Place), DPU (Delivered at place Unloaded) y DDP (Delivered Duty Paid)

DAP implica entregado en el sitio, DPU, entregado en el sitio sin descargar, mientras que DDP o Entregado con aranceles pagados. De acuerdo con A2, la diferencia entre estos es que DAP y DDP requiere que el vendedor entregue las mercancías listas para descargar, pero sin el deber de descargarlas del transporte; mientras que DPU requiere que el vendedor se encargue de descargar las mercancías del transporte, momento en el cual se transferirá el riesgo.

En estos casos, el vendedor deberá entregar las mercancías, en la fecha convenida, o dentro del lapso convenido. El comprador deberá determinar el punto exacto de entrega o la fecha precisa bajo B10, dentro del lapso convenido, lo que implicará que, en caso de falta de cumplimiento de la determinación, el riesgo se transferirá al finalizar el lapso convenido de entrega.

Igualmente, de acuerdo con B3 y B7, para DAP y DPU, el riesgo se transferirá al comprador anticipadamente si este no cumple su obligación de asistencia –respecto de la exportación– y pago –respecto de la importación– por la obtención de los documentos y cualquier autorización de las mercancías. Para DDP, de acuerdo con B3 y B7, el riesgo se transfiere anticipadamente simplemente con la falta de asistencia, mas no pago, que requiera el vendedor al comprador para la obtención de los documentos, puesto que el costo de las autorizaciones de exportación, transporte e importación las soporta el vendedor.

FAS (Free Along Ship) y FOB (Free on Board)

Si bien todos los anteriores implica transporte multimodal, esto es cualquier medio de transporte, FAS es un término comercial aplicable únicamente a transporte marítimo, y significa libre al lado del barco, mientras que FOB implica libre a bordo.

De acuerdo con A2, en FAS el vendedor realiza la entrega cuando (i) las mercancías son puestas al lado del barco (*alongside the ship*) determinado por el comprador; o (ii) cuando el vendedor cuando el envío ha sido realizado, esto es, cuando hay constancia de que las mercancías se encuentran a bordo del barco; lo cual es usual cuando las mercancías se venden en tránsito. Por su parte, bajo FOB, el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía cuando la mercancía se encuentra a bordo del barco. También bajo FOB se entiende entregada, como en FAS, cuando las mercancías se venden a bordo del barco.

Para lo anterior, el comprador debe notificar al vendedor, de acuerdo con B10, del nombre de la embarcación, el puerto, los requisitos de seguridad que deben cumplir las mercancías, así como la fecha en que debe efectuarse la entrega. La falta de notificación de esta información implicará que el comprador será responsable del riesgo a partir del que finalice el lapso en que debió notificar o en que se debió entregar la mercancía.

CFR (Cost and Freight) y CIF (Cost Insurance and Freight)

Implicando transporte marítimo, CFR significa Costo y flete, mientras que CIF refiere a costo, seguro y flete. Como puede intuirse, la diferencia fundamental entre CFR y CIF es el

referente a seguro, el cual, en CIF debe ser contratado y pagado por el vendedor. Su diferencia fundamental con FAS y FOB, es que, en estos últimos, el vendedor no debe soportar el pago del transporte, mientras que en CFR y CIF, el vendedor debe soportar dicho costo, independientemente de que la transferencia del riesgo se materialice con el abordaje de las mercancías en el barco.

En este sentido, el riesgo lo soportará el comprador en caso de que no cumpla con sus obligaciones de notificación de determinar el momento de entrega y el puerto final de destino de las mercancías bajo B10.

CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, el riesgo y su transferencia son conceptos esquivos, que dependen de determinados factores definidos por las normas aplicables que las partes elijan, ya sea por CISG o por determinación de los términos comerciales aplicables.

Estos términos comerciales tienen aplicación bajo la CISG mediante distintas formas, dependiendo de la naturaleza que tengan los términos comerciales. En todo caso, la determinación correcta del derecho aplicable y de los términos comerciales correctos, hará más eficiente el contrato de compraventa; entendiéndose que aun cuando puedan surgir disputas, la solución del caso podrá ser más sencilla y rápida, dadas las reglas claras que las partes hubieren elegido.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge. 1994. *El contrato de compraventa internacional*. Ciudad de México: McGraw Hill.
- Bernad Mainar, Rafael. 2006. *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Cadena Afanador, Walter Rene. 2004. *La nueva lex mercatoria: La transnacionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Libre.
- Coetzee, Juana. 2013. "The interplay between Incoterms and the CISG." *Journal of Law and Commerce* 32 (1): 1-21.
- Cova Arria, Luis. 2012. *Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico: Comentarios, casos y materiales*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Di Pietro, Alfredo y Ángel Enrique Lapieza Elli. 1982. *Manual de Derecho Romano*, 3era ed. Buenos Aires: Ediciones de Palma
- Domínguez Guillén, María Candelaria y Carlos Pérez Fernández. 2022. *Curso de Bienes y Derechos Reales*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

- Erauw, Johan. 2006. "CISG Article 66-77: The risk of loss and passing it." *Journal of Law and Commerce* (25): 203-217.
- Fernandez Rozas, Jose Carlos. 2000. "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización." *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México* (5): 161-230.
- Gomez Jene, Miguel. 2022. "Lex mercatoria y arbitraje comercial internacional: El ejemplo de una nueva ley de arbitraje española." En *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, coord. Joge Alberto Silva, 137-152. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 67" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 968-978. New York: Oxford University Press.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 68" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 979-987. New York: Oxford University Press.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 69" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 988-995. New York: Oxford University Press.
- International Chamber of Commerce. 2019. *Incoterms® 2020*. Rules, Paris: International Chamber of Commerce.
- Johnson, William P. 2013. "Analysis of Incoterms as usage under Article 9 of CISG." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2 (35): 379-430.
- Miller Proctor, Melissa. s.f. *Thomson Reuters Practital Law*. Accessed August 15, 2022. <https://1.next.westlaw.com/Document/I38f9445cea1a11ebbea4f0dc9fb69570/View/FullText.html?listSource=Foldering&originationContext=clientid&transitionType=MyResearchHistoryItem&contextData=%28oc.Search%29&VR=3.0&RS=cblt1.0>.
- Mohs, Florian. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Introduction to Articles 66-70" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 181-196. New York: Oxford University Press.
- Nagel, Chris J., B. Kuschke, J. Barnard, A. Borraine, MM Botha, et al. 2019. *Commercial Law*. 6ta ed. Sur Africa: Lexis Nexis.

- Ochoa Muñoz, Javier. 2005. *Aplicación de la Lex Mercatoria*. Vol. II, en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, coord. Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis Villarroel and Carla Resende, 805-832. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Pamboukis, Ch. 2005. "The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods." *Journal of Law and Commerce* 1 (25): 107-131.
- Ramberg, Jan. 2005. "To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?" *Journal of Law and Commerce* 1 (25): 219-222.
- Ramberg, Jan. 2014. *Incoterms® 2010*. Vol. 15, en *Current Issues in the CISG and arbitratio*, by Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer y Petra Butler, 225-233. La Haya: Eleven International Publishing.
- Risteski, Filip. 2021. "Passing of risk under the Domestic law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods." *Iustinianus Primus Law Review* 12 (1): 1-11
- Rodner S, James Otis. 2001. *La Globalización. Un proceso dinámico*. 1era Edición. Caracas: Editorial Anauco.
- Rodner S, James Otis. 2008. *Elementos de Finanzas Internacionales*. 3ra Edición. Caracas: Editorial Torino.
- Roth, P. M. 2013. "The passing of risk." *Journal of Law & Commerce* 1 (32): 291-310
- Sanquirico Pittevil, Fernando. 2020. "Soft law. Derecho y Terminología." *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (13): 409-425.
- Schmidt-Kessel, Martin. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. II General Provisions, Article 9." En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 181-196. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg, and Pascal Hachem. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. I Sphere of Application, Article 6." En *Slechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 101-118. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg, and Pascal Hachem. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. II Obligations of the Seller, s. II Conformity of the goods and third party claims, Article 36." En *Slechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 623-628. New York: Oxford University Press.

- Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem, and Christopher Kee. 2012. *Global Sales and contract law*. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg. 2016. "Introduction." In *Comentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlenchtriem & Schwenzer, 1-12. New York: Oxford University Press.
- Silva, Jorge Alberto. 2002. "Resurgimiento de la Lex mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales.: En *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, by Jorge Alberto Silva, 225-286. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Stampa, Gonzalo. 2009. "El comercio internacional: Definición y regulación. La denominada Lex Mercatoria. El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y principales características." En *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, coord. Francisco Jose Pelaez Sanz and Miquel Griño Tomas, 13-63. Barcelona: Bosch.
- Wigmore, John H. 1931-1932. "More jottings on comparative legal ideas and institutions," *Tulane Law Review* 6 (2): 244-279

Finalidad y pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Adriana Vaamonde Marcano*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 141-155

Resumen: Con la intención de determinar su finalidad y pertinencia, el presente trabajo tiene como objeto hacer un recorrido histórico por los hechos relevantes que marcaron los inicios de la creación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, quien se convertiría en uno de los instrumentos más importantes dentro del derecho mercantil y de mayor influencia en el comercio internacional, incluyendo dentro del objeto de estudio, una breve descripción y análisis de su estructura, principios rectores, características y demás elementos que fundamentalmente la definen.

Palabras claves: Convención de Viena, CISG, comercio internacional, compraventa de mercaderías

Purpose and relevance of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Abstract: *In order to determine its purpose and relevance, this paper is set to make a historical review of the relevant facts that marked the beginning of the creation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, which would become one of the most important instruments within commercial law and of greater influence in international trade, including within the object of study, a brief description and analysis of its structure, guiding principles, characteristics and other elements that fundamentally define it.*

Keywords: *Vienna Convention, CISG, international trade, international sale of goods*

Autora invitada

Recibido: 19/07/2022

Aprobado: 22/08/2022

* Abogada egresada de la Universidad Monteávila (UMA), Especialista en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET) y Maestría en Comercio Exterior en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Árbitro independiente y Profesora de la Universidad Monteávila y Profesora Adjunta en Universidad de *Missouri*. Subdirector de Estudios del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). *Vice Chair* del Subcomité Latinoamericano de la *Campaign for Greener Arbitrations*. Vicepresidente de Asuntos Académicos de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), miembro del Capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, del *Latin American International Arbitration Young Practitioners* (LIAYP, del *Publication Task Force de Rising Arbitrators Initiative* (RAI), Representante Regional de Young ICCA, miembro fundador de SOVEDEM. Correo electrónico: adrianaavaamondem@gmail.com

Finalidad y pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Adriana Vaamonde Marcano*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 141-155

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Reseña Histórica. 1.1. Armonización y Uniformidad: Diversidad de aportes según las tradiciones legales individuales. 1.1.1. Aportes de los distintos sistemas jurídicos a la CISG. 2. Finalidad. 2.1. Estructura. 2.2. Características. 3. Pertinencia. 3.1. Ámbito de aplicación: aspectos generales. 3.2. Principios Rectores. 4. Venezuela y la CISG. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hace 42 años la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹, también conocida como la Convención de Viena de 1980 (CISG, por sus siglas en inglés, la Convención de Viena o la Convención), fue aprobada el 11 de abril de 1980 entrando en vigor el 1 de enero de 1988. Venezuela es parte de la historia de gestación de la CISG, quien la firmó en fecha 28 de septiembre de 1981, mas no ha sido ratificada.

La CISG es un tratado multilateral, producto del esfuerzo e impulso de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)². La CISG es una Convención meritoria, representativa de grandes logros para el Derecho Mercantil Internacional, pues la unificación de las reglas constitutivas de su cuerpo normativo ha logrado uniformidad en la regulación del contrato de mayor uso y relevancia en las transacciones de comercio internacional, como lo es la compraventa internacional de mercaderías, proporcionando certeza jurídica, eficiencia, reducción de costos, uniformidad, modernidad y justicia. Asimismo, es responsable de romper con la tradición histórica legal derivada de los distintos sistemas legales y

* Abogada egresada de la Universidad Monteávila (UMA), Especialista en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET) y Maestría en Comercio Exterior en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Árbitro independiente y Profesora de la Universidad Monteávila y Profesora Adjunta en Universidad de *Missouri*. Subdirector de Estudios del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). *Vice Chair* del Subcomité Latinoamericano de la *Campaign for Greener Arbitrations*. Vicepresidente de Asuntos Académicos de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), miembro del Capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, del *Latin American International Arbitration Young Practitioners* (LIAYP, del *Publication Task Force de Rising Arbitrators Initiative* (RAI), Representante Regional de Young ICCA, miembro fundador de SOVEDEM. Correo electrónico: adrianaavaamondem@gmail.com

¹ UNCITRAL. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) <https://uncitral.un.org/es>

lograr acuerdo entre ambos, *civil law* y *common law*, siendo un tratado internacional aceptado mundialmente y suscrito, hasta la fecha, por 95 países³.

La finalidad y pertinencia de CISG parecen evidentes, y mediante el éxito de su implementación y acogida internacional, se ha dado cumplimiento a las expectativas en torno a este instrumento normativo, quedando demostrada que su finalidad y su pertinencia han sido de eficaz aplicación y grandes beneficios prácticos. Este breve trabajo pretende hacer un pequeño recorrido desde sus orígenes, comentar sus características, estructura, conceptos y principios rectores reconocidos en su texto y así, compartir con el lector, los logros de la unificación de criterios alcanzados, el cumplimiento de los objetivos pretendidos en su concepción de origen y su relevancia y vigencia en el comercio internacional de nuestros tiempos.

1. *Reseña Histórica*

En la década de 1920, bajo la dirección e idea del jurista y académico austríaco Ernst Rabel, comienzan los trabajos, y primer borrador, del instrumento armonizador de la regulación internacional para los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Este contrato, es uno de los de mayor uso en el comercio internacional y, sin duda, uno de los más comunes contratos transnacionales. Es Ernst Rabel⁴ quien en 1928 sugiere al, para entonces, recientemente constituido Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT-1926)⁵. En 1930, UNIDROIT crea un grupo de trabajo encargado de elaborar el anteproyecto de ley uniforme para la compraventa internacional de mercaderías, cuyo primer borrador se obtuvo para el año 1934 y la versión revisada en el año 1939.⁶

La Segunda Guerra Mundial fue el elemento disruptivo en los avances del grupo de trabajo, quienes forzosamente vieron paralizada su labor hasta 1951, cuando el gobierno holandés convocó a una convención internacional en la Haya donde se creó una comisión que daría origen a dos Convenciones: *The Uniform Law on The International Sale of Goods* (ULIS)⁷, en 1956, y *The Uniform Law on the Formation of Contracts for the Internacional Sale of Goods* (ULF)⁸, en 1958. Existían grandes expectativas sobre el proyecto de armonización de normas en materia de compraventa internacional de mercadería, y estos dos instrumentos no fueron capaces de satisfacerlas. Aprobados en 1964 y con entrada en vigor en 1972, sólo nueve estados las ratificaron. Sin embargo, el esfuerzo no fue fútil, pues estos dos instrumentos constituirían la base la para la redacción de CISG.

³ Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

⁴ HUBER, Peter y MULLER, Alastair. *The CISG. A new Textbook for students and practitioners*. European Law Publishers, 2007, P.2

⁵ *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* <https://www.unidroit.org/>

⁶ *Idem cit.* 4

⁷ *The Uniform Law on The International Sale of Goods* (ULIS) <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/>

⁸ *The Uniform Law on the Formation of Contracts for the Internacional Sale of Goods* (ULF) <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulf-1964-en>

En 1966 nace la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁹, quien -liderado por el jurista mexicano Jorge Barrera Graf- en 1968 acoge el proyecto de redacción del nuevo instrumento unificador el derecho de las compraventas internacionales y crea un Grupo de Trabajo especializado que presentará el llamado *New York Draft*, esto es, el proyecto de Convención de 1978 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este borrador contenía, en un único texto, tanto las normas específicas relativas a la compraventa internacional de mercaderías, así como las normas sobre la formación de dichos contratos. Adicionalmente, esta Convención alineaba los intereses de la pluralidad de sistemas jurídicos potencialmente partícipes de la actividad económica a ser regulada internacionalmente por este tipo de contrato y su impacto en lo jurídico y económico.

El debate sobre el borrador de la Convención de Viena tuvo lugar entre marzo y abril de 1980, durante la Conferencia Diplomática convocada por UNCITRAL y llevada a cabo en Viena, Austria, resultando de esta la aprobación del borrador por 42 Estados. La Convención se adoptó el 11 de abril de 1980 y entró en vigor el 1º de enero de 1988. Fue publicada en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

1.1. Armonización y Uniformidad: Diversidad de aportes según las tradiciones legales individuales

De las normas uniformes se espera su contribución a mejorar y desarrollar el comercio internacional, al valorar en su contenido los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos de los países contratantes de la Convención.¹⁰ Esto, también pudiera ser interpretado como la necesidad o expectativa de estrechar lazos comerciales y políticos entre naciones (paz mundial).¹¹

Por ello, que la armonización de la regulación entorno al contrato de compraventa internacional de mercadería, representó una tarea minuciosa, de mucho estudio metodológico y disciplinario. Pues la combinación de sistemas jurídicos distintos, a quienes debe servir el texto uniforme era, en sí mismo, el mayor de los retos.

Ernst Rabel, quien liderizó gran parte del proyecto gestacional de la CISG, comenta en los comentarios de del primer borrador de la ley uniforme de compraventa de mercaderías¹² que estaba convencido de que, para la unificación internacional del derecho de compraventa, la estructura inglesa representaba los mayores beneficios a los efectos prácticos de su implementación. Para llegar a esta conclusión, el grupo de trabajo realizó un exhaustivo trabajo de derecho comparado. Sin embargo, en la Convención podemos evidenciar influencias de distintos sistemas legales, pues el grupo de trabajo estuvo compuesto por expertos de distintas jurisdicciones.¹³

⁹ Idem Cit. 2

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías P. 1. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

¹¹ Magnus, Ulrich. *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?* Journal of Civil Law Studies, Volume 3, Number 1 Civil Law Workshop. P. 70 <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=jcls>

¹² Rabel, Ernst. *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, RABELSZ 9, at 45 et seq. (1935).

¹³ Idem Cit. 11 P. 74

Si bien la estructura de CISG está basada en el *common law*, la intención de los legisladores fue el de la autonomía de la Convención. Esto es, que es posible asociar ciertas normas a sistemas jurídicos nacionales específicos, pero en el caso de la Convención, están al servicio del espíritu y razón de esta, con la finalidad de mantener la igualdad y equidad de los efectos de los contratos de compraventa de mercaderías en el comercio internacional.

1.1.1. Aportes de los distintos sistemas jurídicos a la CISG

Comentábamos antes que al estar el Grupo de Trabajo de UNIDROIT y posteriormente de UNCITRAL, compuestos por un equipo de expertos en diversidad de jurisdicciones, la armonización de las reglas se vio influenciada por el conjunto de visiones que aportaron al estudio del derecho comparado para definir la mejor solución posible a todo aquello dentro del ámbito de aplicación resultante de la Convención.

Difícilmente podremos afirmar que cada una de las normas tiene exclusivamente una sola tradición legal específica que la define, ya que, por la naturaleza de la metodología de derecho comparado utilizada, la combinación de los distintos sistemas jurídicos fue lo que realmente produjo las normas con verdadera eficacia y aceptación generalizada.

Para este comentario, utilizaremos principalmente, aunque no de manera exclusiva, la clasificación hecha por Ulrich Magnus¹⁴ para hacer mención a la influencia y aportes de los distintos sistemas de jurídicos a la CISG.

El *common law*, inicialmente representado exclusivamente por la parte inglesa son figuras jurídicas tales como: (i) formación del contrato (Arts. 11 y 14-24)¹⁵; (ii) Responsabilidad por incumplimiento de la promesa contractual (Arts. 45 y 61)¹⁶; (iii) *remedies* (Arts. 28, 46 y 62); (iv) Resolución en caso de incumplimiento esencial (Arts. 49 y 64); y, (v) Exoneración de responsabilidad contractual (Art. 79).

Durante la fase preparatoria del Grupo de Trabajo de UNIDROIT, los Estados Unidos no tuvo participación significativa. Posteriormente, con la incorporación de los profesores John Honnold and Allan Farnsworth, la influencia estadounidense sobre la Convención será notable. El aporte más significativo es la inclusión del derecho a subsanar el incumplimiento prevista en el artículo 48 de la CISG (*right to cure*).

Sin duda la estructura codificada de la CISG es de tradición civil o latina (*civil law*), así como la interpretación de la Convención con base en sus principios generales, sobre aquello dentro de su ámbito de aplicación, pero no específicamente regulado en texto (Art. 7.2.).

¹⁴ El texto original está en inglés y la traducción utilizada en el presente trabajo es una traducción libre hecha por el autor. Idem Cit. 11 P. 75-87

¹⁵ Esto se refiere a los requisitos de validez de la oferta y aceptación contenidos en el *common law*, en contraposición a aquellos necesarios para el perfeccionamiento del contrato previsto en el *civil law*.

¹⁶ Sobre el tema la CISG hace un híbrido entre ambos sistemas de tradición civil y anglosajona. Igual sucede con la redicción de precio, indemnización y cumplimiento específico.

Robles, Diego. *La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional*. Revista Perspectiva Jurídica UP Nro.12. Facultad de Derecho Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

A Francia, específicamente al sistema jurídico francés, podemos atribuirle su contribución frente a (i) Reclamación de Cumplimiento Específico (Arts. 46.1, 46.3, 62); (ii) prohibición de la indeterminación del precio (art. 14); (iii) Indemnización por daños y perjuicios (previsibles) (Art. 74).

Finalmente, al sistema jurídico alemán le debemos su aporte sobre (i) el procedimiento de notificación (Arts. 39-40)¹⁷; y, (ii) la figura del *Nachfrist*. Este último, se refiere al otorgamiento de un plazo adicional para el cumplimiento de la obligación antes de tomar la decisión de la resolución del contrato, y está regulado en los artículos 47-1, 49-1-b, 63-1 y 64-1-b.

2. Finalidad

UNCITRAL ha descrito que la finalidad de la Convención de Viena consiste en “...prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones.”¹⁸

En ese sentido, el preámbulo de la CISG establece los objetivos a los que se comprometen los Estados contratante de la Convención a: (i) establecer un nuevo orden económico internacional; (ii) considerar que el desarrollo del comercio internacional con base en la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados; y, (iii) que la adopción de las normas uniformes previstas en la Convención en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a eliminar los obstáculos jurídicos en el comercio internacional y promoverá el desarrollo del mismo.¹⁹

A esta definición de objetivos, agrega María Camila Valdés, quien en 2015 en el marco de la celebración de los 35 años de la CISG a realizarse durante el II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios en Bogotá, Colombia, se refirió a la finalidad de la Convención como: “... prever un régimen moderno, armónico y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Y continuó comentando sobre la notable contribución de la Convención “...a la seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a la reducción de los costos de transacción. Su trascendencia se demuestra no solo en el hecho de que a la fecha más del 75% del comercio mundial de mercaderías esté regulado por dicho instrumento, sino también por la relevancia y aceptación que la misma ha obtenido por cortes locales y tribunales arbitrales alrededor del globo.”²⁰ Afirmación que puede extenderse a otros países parte de la Convención.

De modo tal que los objetivos esenciales de la Convención de Viena están: (i) la armonización legislativa sobre la compraventa internacional de mercaderías; (ii) facilitar el comercio internacional; (iii) alcanzar equidad en las transacciones de comercio internacional

¹⁷ Idem Cit. 10 P. 12

¹⁸ Web: UNCITRAL (texts) https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

¹⁹ Idem Cit. 10 P. 1

²⁰ XXXV aniversario de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías - Blog de Derecho de los Negocios (uexternado.edu.co) <https://dernegocios.uexternado.edu.co/xxxv-aniversario-de-la-convencion-de-viena-sobre-compraventa-internacional-de-mercaderias/>

reguladas por este tratado; y, probablemente incluir un elemento adicional, como lo es “promover una relación amistosa entre estados”²¹ y “mantener la paz entre las naciones”.²²

Ahora bien, el cumplimiento de los objetivos planteados por la Convención depende de la estructura y características moldeadas a la medida de los intereses de compradores y vendedores, y el equilibrio entre estos, que fueron procuradas por el legislador al momento de su concepción. Por lo que, a los efectos del presente trabajo, trataremos brevemente ambos a continuación.

2.1. Estructura

La Convención de Viena está dividida en cuatro partes que comprenden el desarrollo normativo del contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Esto es, principios, normas, disposiciones especiales y demás detalles que la componen y constituyen este cuerpo normativo de alto nivel, relevancia práctica y eficacia regulatoria uniforme mundial.

El texto de la CISG²³ está estructurado de la siguiente manera:

- a. Parte I (Arts.1 a 13): contentiva de dos Capítulos dedicados a su ámbito de aplicación y disposiciones generales, respectivamente.
- b. Parte II (Arts. 14 a 24): se refiere a la formación del contrato.
- c. Parte III (Arts. 25 a 88): la tercera parte está dedicada a los detalles específicos de la compraventa de mercaderías, contiene:
 - Capítulo I: comprende las disposiciones generales;
 - Capítulo II: dividido en tres secciones contentivas de las obligaciones del vendedor, conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros, derechos y acciones en caso de incumplimiento de contrato por el vendedor, respectivamente;
 - Capítulo III: desarrolla las obligaciones del comprador, e igualmente las divide en tres secciones comprendidas por el pago del precio, recepción, derechos y acciones en caso de incumplimiento de contrato por el comprador, respectivamente;
 - Capítulo IV: se refiere a la transmisión del riesgo;
 - Capítulo V: se encuentra dividida en seis secciones contentivas de las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador, incumplimiento previsible y contrato con entregas sucesivas, indemnización de daños y perjuicios, intereses, exoneración, efectos de la resolución y la conservación de las mercaderías, respectivamente; y,
- d. Parte IV (Arts.89 a 101): referida a las disposiciones finales.

La intención de Rabel's en el diseño de la estructura de la CISG consistió en encontrar la mejor solución posible a los problemas propios de la compraventa de mercaderías derivado de los distintos sistemas y tradiciones legales existentes. Sin embargo, hay una notable influencia del *common law* en la constitución del esqueleto normativo. Aclara Rabel's en los comentarios del primer borrador de la CISG que, independientemente de lo anterior, la interpretación de la

²¹ Idem Cit. 11 P. 70

²² Idem

²³ Idem Cit. 10

Convención debía siempre hacerse de manera autónoma, donde las regulaciones en ella contenida tuvieran estuvieran al servicio del comercio internacional.²⁴

2.2. *Características*

- a. Vinculante: la normativa prevista en la CISG, de carácter dispositivo, es Derecho de aplicación directa por las partes contratantes de este tratado internacional (Art. 1), con la excepción de exclusión expresa por las partes de su aplicación (Art. 6).
- b. Al respecto, la Profesora Castellano señala que “La Convención de Viena es aplicable por los jueces de los Estados contratantes como *lex fori* con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado, es decir, con independencia de lo que disponga el sistema conflictual de su Derecho Internacional Privado autónomo.”²⁵
- c. Dispositiva: sin perjuicio de lo anterior, la CISG establece que las partes tienen libre autonomía al momento de decidir sobre la aplicación o no de la Convención al contrato específico. De manera tal, el artículo 6 de la CISG establece que las partes podrán excluir expresamente, parcial o totalmente, la aplicación de sus normas, como marco regulatorio de su contrato.
- d. Internacional: a la fecha, la CISG ha sido suscrita por 95 países, formando parte de uno de los tratados multilaterales más importantes de UNCITRAL. Su orientación es fundamentalmente internacional, pues es exigencia de la Convención que el Establecimiento de las partes se encuentre en Estados distintos (Art. 1.a.). En este sentido, la Convención, también establece la exclusión expresa de los asuntos domésticos de su ámbito de aplicación.²⁶
- e. Uniformidad: un único texto armonizado sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, cuyo contenido regule la formación del contrato y, a su vez, las obligaciones del vendedor y del comprador, garantiza seguridad y eficacia jurídica e incentiva el comercio internacional.
- f. Especialidad: la CISG, como se mencionó anteriormente, versa sobre la compraventa de mercaderías y tiene como objetivo específico el regular la formación del contrato y las obligaciones del vendedor y del comprador. Asimismo, la CISG establece la materia que no es objeto de su ámbito de aplicación (v.gr. validez del contrato), al igual que los tipos de contrato de compraventa que no son objeto de su ámbito de aplicación (v.gr. compraventa de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, entre otras).

²⁴ Idem Cit 11. P. 74

²⁵ Castellanos R. Esperanza. *Énfasis Investigativos en Derecho Mercantil y Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales*. Cuadernos de la Maestría en Derecho Nro. 1. Universidad Sergio Arboleda. 2011.P. 91

²⁶ Idem Cit 10. Nota Explicativa P. 36-37

3. *Pertinencia*

Cuando evaluamos la pertinencia de algo determinado, lo natural del pensamiento es la vinculación del dicho concepto con el de oportunidad. La CISG representa una oportunidad para los Estados, para las partes, para el comercio internacional. Así lo ha demostrado su aplicación práctica, la creación de doctrina y jurisprudencia entorno a su uso e implementación. El interés de la colectividad que hace vida en el comercio internacional ha generado que las iniciativas de promoción de la Convención no se agoten en métodos tradicionales. Conferencias, libros, ensayos y hasta competencias comprendidas por simulaciones de casos donde el objetivo es su uso, implementación e interpretación, son parte de esa oportunidad e impacto que como instrumento normativo ha logrado en la comunidad comercial internacional.

La Dra. Ana Elizabeth Villarta V, comenta en el marco del Comité Jurídico Interamericano de 2015, que la CISG "...se ha considerado un instrumento clave del comercio internacional que debería ser adoptado por todos los Estados del mundo independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico, y en la cual se trata además de mantener un equilibrio entre los intereses de los vendedores y compradores."²⁷

En la página web de UNCITRAL, sobre su pertinencia se menciona lo siguiente:

"El contrato de compraventa constituye el fundamento del comercio internacional en todos los países, independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico. Por esta razón, se considera que la Convención sobre la Compraventa es uno de los instrumentos clave del comercio internacional que debería ser adoptado por todos los países del mundo.

La Convención sobre la Compraventa es fruto de un esfuerzo legislativo que se inició a principios del siglo XX. En su texto se compaginan cuidadosamente los intereses del comprador con los del vendedor. Además, la Convención ha inspirado reformas del derecho de los contratos en varios países.

Los Estados que adoptan la Convención disponen de una legislación moderna y uniforme que rige la compraventa internacional de mercancías y que se aplica a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados Contratantes. En tales casos, la Convención se aplica directamente, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional.

Además, la Convención puede aplicarse a un contrato de compraventa internacional de mercaderías cuando en virtud de las reglas de derecho internacional privado la ley aplicable al contrato sea la de un Estado Contratante, o cuando las partes hayan convenido en ello, independientemente de si sus respectivos establecimientos se encuentren en un Estado Contratante. En tal caso, la Convención prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo.

Por último, las pequeñas y medianas empresas y los comerciantes de países en desarrollo suelen tener poco acceso a asesoramiento jurídico al negociar un contrato. Esto los hace más vulnerables a los problemas causados por los contratos que no regulan adecuadamente las cuestiones de la ley aplicable. Esas empresas y esos comerciantes también pueden encontrarse en situación de desventaja como partes contratantes y experimentar dificultades por la falta de equilibrio entre las partes. Por consiguiente, esos comerciantes se

²⁷ Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. *INFORME SOBRE EL TRIGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO*. 2015 http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_485-15.pdf

beneficiarían especialmente de la aplicación a título supletorio del régimen equitativo y uniforme de la Convención sobre la Compraventa a los contratos que entraran en su ámbito de aplicación.”²⁸

3.1. Ámbito de Aplicación: aspectos generales

La CISG establece su ámbito de aplicación en los artículos comprendidos entre el 1 y el 6. Estos artículos prevén todo aquello que podrá ser regulado por la Convención respecto de un contrato de compraventa de mercaderías específica, así como lo que estará excluido de dicho alcance.

El análisis exhaustivo del ámbito de aplicación, directa e indirecta, de la CISG no es objeto de estudio del presente trabajo, por lo que solo nos permitiremos hacer mención, brevemente, a los aspectos generales de su aplicación, a los efectos de tener un mayor entendimiento de la finalidad y pertinencia de la Convención.

De manera tal, que la CISG aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías cuando (i) las partes del contrato tengan sus Establecimiento en Estados diferentes y ambos Estados sean partes contratantes de la Convención (Art. 1.a); o, (ii) “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante” (Art. 1.b).²⁹

No existe una definición específica del contrato de compraventa de mercadería en el texto de la CISG, sin embargo, a los efectos de su aplicación, establece en el artículo 3 que los contratos de suministro que deban ser manufacturadas o producidas se considerarán dentro del ámbito de aplicación. Con la excepción de que “la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.” (Art. 3.1.)³⁰

También se establece como excepciones del ámbito de aplicación de la CISG: (i) 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.); (ii) compraventa de mercaderías compradas para uso personal, familiar, doméstico (Art.2.a); subastas (Art.2.b); judiciales (Art.2.c); de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (Art. 2.d); de buques, embarcaciones aerodeslizadores y aeronaves (Art. 2.e); de electricidad (Art.2.f)³¹; y, (iii) la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales que pudieran ser ocasionadas a una persona por las mercaderías (Art. 5).³²

Dentro de ámbito de aplicación, la CISG delimita aquello que es objeto de la propia Convención, circunscribiéndose a aquello relativo a la formación del contrato de compraventa, así como a los derechos y obligaciones de vendedor y el comprador, específicos de ese contrato. Excluyendo expresamente de la regulación, aquello relativo a la validez del contrato ni a la propiedad de las mercaderías objeto de la compraventa (Art.4).³³

²⁸ Idem Cit. 16

²⁹ Idem Cit. 10 P. 1 y 2

³⁰ Idem Cit. 10 P.2

³¹ Idem Cit. 20

³² Idem Cit. 10 P. 3

³³ Idem Cit. 22

Por último, una de las normas más relevantes de la Convención. El Artículo 6 de la CISG reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, dejando a la libre escogencia de estas la posibilidad de excluir la aplicación de la Convención. Sin perjuicio de las excepciones más adelante previstas en el artículo 12.

3.2. Principios Rectores de CISG

La flexibilidad de la CISG sin duda le ha permitido a los Estados la mayor y mejor receptividad en su suscripción e implementación en el foro interno de aplicación internacional. El éxito innegable de la CISG está en esa habilidad legislativa del grupo de trabajo que, a través de la metodología comparativa, logró concentrar en un solo tratado las normas de general aplicación y aceptación generalizada frente a la gran diversidad de tradiciones legales existentes en el mundo y, así, lograr la armonización de la norma frente a la comunidad internacional sobre los contratos de compraventa de mercaderías.

La CISG no pretendió ni pretende regular todos los aspectos entorno al contrato de compraventa de mercaderías, pero sí proporcionar el marco esencial regulatorio y la seguridad jurídica que facilite el comercio internacional.

La doctrina no tiene un único criterio al momento de determinar y clasificar los principios rectores previstos en la Convención de Viena. La diversidad de interpretación según la tradición legal de quien realiza el estudio del instrumento normativo da espacio para distintas posturas sobre el tema.

Entre los principios rectores esenciales y mayormente reconocidos en la CISG están: la autonomía de la voluntad, uniformidad, razonabilidad, buena fe y *pacta sunt servanda*.³⁴

a. Autonomía de la voluntad

La CISG es de naturaleza dispositiva. Prevé en el artículo 6 la posibilidad de que las partes, por autonomía conflictual, excluyan – total o parcialmente – la aplicación de la Convención³⁵. Por lo que, a pesar del carácter vinculante de la Convención entre los Estados contratantes, esta norma le da un carácter dispositivo a la misma.³⁶

b. Razonabilidad

Continúan los estándares de interpretación de la Convención, a través del principio de razonabilidad. Este un principio general de la CISG puede apreciarse en la redacción íntegra del texto.

³⁴ Guarneros, Romina. Generalidades sobre la CISG a los 40 años de su promulgación. Revista Perspectiva Jurídica UP Nro.15. Facultad de Derecho Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-15/generalidades-sobre-la-cisg-a-40-anos-de-su-promulgacion#:~:text=Hace%2040%20a%C3%B1os%2C%20el%2011,por%20sus%20siglas%20en%20ingl%C3%A9s>

³⁵ Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 12 CISG.

³⁶ Ver cit. 25

Ahora bien, como norma general, el artículo 8 recoge lo previsto sobre este principio de tradición anglosajona, donde el artículo 8.1. establece que se trata de la interpretación de la real intención³⁷ de las partes, manifestada en el contrato y sus actos, en el caso de que existan dudas sobre la ejecución de las obligaciones pactadas, tal y como fueron expresadas.³⁸ La inferencia de la real intención no se limita a los actos contractuales de la compraventa, sino que son extensibles a los contratos derivados de este.

Al no ser posible la interpretación con base en el criterio anterior, el artículo 8.2. establece el estándar de hombre razonable, lo que en derecho civil podemos asemejar al buen padre de familia o buen hombre de negocio.³⁹ Este artículo contiene un elemento objetivo y otro subjetivo, al referirse, en primer lugar, a la conducta de la persona a través de sus actos; y, después, al carácter razonable de dicha conducta.⁴⁰

Por su parte, el último numeral de artículo 8 (Art. 8.3) determina el alcance de los actos, circunstancias, negociaciones, usos y prácticas establecidas y ejercidas por las partes, como criterio para determinar el estándar de persona razonable.

c. Buena Fe

La doctrina debate la interpretación de este principio general presente en la Convención, pues el artículo 7.1. lo prevé como estándar de interpretación de esta. Ahora bien, el debate se origina entre las tradiciones legales civil y anglosajona, ya que, para la primera, la buena fe es un principio "...que rige toda la vida del contrato y no solamente a la interpretación de la Convención y constituye una obligación que se impone a las partes en todo el *iter negocial* generando deberes de conducta."⁴¹; mientras que, para el segundo, esta interpretación de la buena fe está incorporada a conceptos tales como "...la sinceridad, lealtad, corrección, rectitud, honestidad."⁴²

Ahora bien, creemos que la interpretación de la norma debe acercarse a la visión civil, esto es, entender que al prever el artículo 7.1. la interpretación de la Convención procurando la observancia de la buena fe en el comercio internacional, específicamente, la regulación de los contratos de compraventa de mercaderías en los derechos y obligaciones de las partes, quienes sin duda están sometidos a la buena fe, la interpretación de este principio es de manera extensiva y no se agota en la mera aplicación a la interpretación de la Convención.

³⁷ Comenta Oviedo Albán: "En la jurisprudencia se exige que tal intención se manifieste objetivamente para poder inferirla, puesto que si esto no se puede determinar de algún modo, carece de importancia para los efectos mencionados." *Idem Cit.* 39. P. 996

³⁸ Schmidt-Kesel, Martin, "Artículo 8", en Schwenger, Schlechtriem y Schwenger, Ingeborg (eds.). *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. 3ra. Edición, Nueva York, Oxford, 2010, P. 152.

³⁹ Oviedo Albán, Jorge. *LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014, pp. 997. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

⁴⁰ Enderlein, Fritz y Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. Nueva York, Oceana, 1992, pp. 65-67; Schmidt-Kesel, Martin, "Article 8", P. 155.

⁴¹ *Idem Cit.* 39 P. 992

⁴² GARRO, Alejandro Miguel y ZUPPI, Alberto Luis, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990

d. *Pacta sunt servanda*

No solo es un principio general contenido tácitamente en la CISG, sino que se trata de un principio general del derecho, común a todos los sistemas legales y fundamental para el derecho de los contratos, pues el pacto obliga, debe honrarse y las obligaciones cumplirse tal y como fueron contraídas.

Algunas de las provisiones de la CISG que contemplan este principio se encuentran en los artículos 30, 53, 71, 72, 73 y 79.

Por otra parte, algunos autores reconocen principios adicionales, tales como: (i) la libertad de las formas (Art. 11 y 29), (ii) no ir en contra de los actos propios (principalmente, Arts. 16.2 b, 29.2, 47 -2, 63.2 y 80), (iii) deber de mitigar el daño (Art. 77); y, (iv) el principio de conservación del contrato (*favor contractus*) como parte fundamental del esqueleto constitutivo de la CISG (Arts. 14, 18.1, 18.3, 25, 34, 37, 47, 48, 49, 51, 55, 63 y 64).⁴³

4. Venezuela y la CISG

Continúa siendo una interrogante dentro del mundo jurídico venezolano, las razones por las que, después de su firma en septiembre del 1981, Venezuela no ratificó la Convención de Viena de 1980. Algunos autores venezolanos, como la Dra. Claudia Madrid, han manifestado su preocupación, no sólo por este hecho, sino por la falta de promoción, estudio e impulso doctrinario y académica sobre este importante tratado. Igualmente, señala la profesora Madrid, que dicha labor ha sido acogida con preferentemente por el Derecho Internacional Privado, mientras otras disciplinas jurídicas han dejado a un lado el tema.⁴⁴

La realidad venezolana en la práctica mercantil, específicamente en lo relativo al uso y aplicación de la Convención de Viena en los contratos de compraventa internacional de mercaderías venezolanos, es que no hay posibilidad de aplicación de la misma al no ser el Estado venezolano parte contratante. Esto implica, la imposibilidad de aplicación directa por parte de los jueces nacionales de tal normativa. Sin embargo, la doctrina debate otras posibilidades como (i) la interpretación extensiva del artículo 1.1.b; (ii) la autonomía conflictual; y, (iii) la Convención como *Lex Mercatoria*.⁴⁵

Nos queda entender que el ordenamiento jurídico venezolano y la CISG son afines, y que, con mirada hacia el futuro y en los términos vigentes, se mantiene la expectativa de una eventual ratificación de la Convención, ya que no existen obstáculos para ello ocurra.⁴⁶

⁴³ Idem Cit. 39 P.999-1013

⁴⁴ Ferrari, Franco. *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Editorial Sellier. European law publishers GmbH, Munich, 2008. P. 339

⁴⁵ Idem P. 340-342

⁴⁶ Idem P. 343

CONCLUSIÓN

La CISG como texto armonizado de derecho mercantil tiene como finalidad establecer seguridad jurídica y promover el comercio internacional, mediante la garantía de un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías.

La pertinencia de la CISG podrá ser subjetiva, esto es, que dependerá de la conveniencia del Estado que estudie su posible acogida y suscripción, sus intereses comerciales y necesidad económica, política y jurídica de pertenencia en el mundo del comercio internacional, del que la CISG es instrumento fundamental.

En cuanto a la pertinencia objetiva, la CISG, hemos comentado a lo largo del presente trabajo, es una herramienta de fortalecimiento del derecho interno, de previsibilidad y seguridad jurídica para la actividad de comercio internacional ejercida por Estados y particulares, cuyo establecimiento se encuentre en Estados contratantes del mencionado tratado.

Esperamos Venezuela, en un futuro no muy lejano, ratifique la originalmente firmada CISG y se acoja a los beneficios jurídicos y comerciales provistos por esta, siendo que el ordenamiento jurídico interno y la CISG son perfectamente afines.

BIBLIOGRAFÍA

Bridge, M.G. *The International Sale of Goods*. Oxford University Press, 4ta. Edición. Reino Unido, 2017.

Castellanos R. Esperanza. *Énfasis Investigativos en Derecho Mercantil y Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales*. Cuadernos de la Maestría en Derecho Nro. 1. Universidad Sergio Arboleda. 2011.

Felemegas, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*. University of Nottingham. June 2000.

Ferrari, Franco. *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Editorial Sellier. European law publishers GmbH, Munich, 2008.

Galán B, Diego R. *LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*. Estudios Gerenciales, núm. 91, abril-junio, 2004, pp. 49-64 Universidad ICESI Cali, Colombia, 2004.

Guarneros, Romina. Generalidades sobre la CISG a los 40 años de su promulgación. Revista Perspectiva Jurídica UP Nro.15. Facultad de Derecho Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

Huber, Peter. Mullis, Alastair. *The CISG. A new textbook for students and practitioners*. Editorial Sellier. European law publishers, 2007.

Janssen, André. Spilker, Matthias. *The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*. Publicado por Mohr Siebeck GmbH & Co. KG.

Magnus, Ulrich. *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?* Journal of Civil Law Studies, Volume 3, Number 1 Civil Law Workshop.

Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Febrero, 2010.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

Oviedo Albán, Jorge. *LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014, pp. 987-1020. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Robles, Diego. *La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional*. Revista Perspectiva Jurídica UP Nro.12. Facultad de Derecho Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. 4ta. Edición. Editado por Ingeborg Schwenger. March 2016.

Zeller, Bruno. *CISG and the Unification of International Trade Law*. Editorial Routledge-Cavendish, 2007.

Breves consideraciones sobre la elección tácita del Derecho aplicable como vía para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

José Antonio Briceño Laborí*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 157-174

Resumen: El presente artículo explica brevemente cómo puede llegarse a aplicar la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, a través de la institución de elección tácita del derecho aplicable.

Palabras clave: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías – Derecho Internacional Privado – Elección Tácita del Derecho Aplicable

Brief considerations on the CISG and the tacit choice of law

Abstract: This article briefly explains the application of the Vienna Convention on the International Sale of Goods through the institution of tacit choice of law.

Keywords: Vienna Convention on the International Sale of Goods – Private International Law – Tacit Choice of Law

Autor invitado

Recibido: 4/07/2022

Aprobado: 10/08/2022

* Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado, UCV y Derecho Procesal Civil Internacional, UCAB.

Breves consideraciones sobre la elección tácita del Derecho aplicable como vía para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

José Antonio Briceño Laborí*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 157-174

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Consideraciones generales sobre la autonomía conflictual con especial enfoque en la elección tácita del derecho aplicable al contrato internacional. 2. Aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías mediante la elección tácita del Derecho de un Estado parte. A. Litigio conocido por los tribunales de un Estado parte. B. Litigio conocido por los tribunales de un Estado que no es parte de la Convención. 3. Elección tácita de la Convención de Viena. A. Litigio en sede judicial. B. Litigio en sede arbitral. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías adoptada el 11 de abril de 1980 (en lo sucesivo la “Convención”) es, sin lugar a duda, uno de los instrumentos internacionales de Derecho uniforme de éxito. A la fecha en que se redactan las presentes líneas se encuentra ratificada por 95 países¹ lo que es indicativo de su capacidad de haber sincretizado diversas de las soluciones adoptadas tanto por el *Civil Law* como por el *Common Law* sobre esta materia. Además, su éxito reside en la posibilidad de aplicarla simultáneamente con otros instrumentos como los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales² y los INCOTERMS³.

Si bien existe amplia bibliografía sobre esta Convención, así como bases de datos que compilan información relevante sobre su aplicación práctica como *Unilex*⁴, la *CISG Database* del Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad Pace⁵ y el sistema CLOUT de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁶, vemos que hay un aspecto que no ha sido del todo abordado por la doctrina como lo es la institución de la elección tácita del Derecho aplicable a los contratos internacionales como vía para la posible aplicación de la Convención. Por ello, a través de estas líneas nos proponemos

* Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado, UCV y Derecho Procesal Civil Internacional, UCAB.

¹ Vid, <https://bityl.co/D2gr>.

² Disponibles en: <https://bityl.co/D2hg>.

³ Siglas que significan “Términos Internacionales de Comercio” y que son un instrumento adoptado por la Cámara Comercio Internacional cuya última versión entró en vigor en 2020.

⁴ www.unilex.info/instrument/cisg.

⁵ <https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>.

⁶ <https://www.uncitral.org/clout>.

abordar esta temática para lo cual plantearé unas consideraciones generales sobre la autonomía conflictual con especial enfoque en la elección tácita del Derecho aplicable al contrato internacional (1), para luego tratar la aplicación de la Convención mediante la elección tácita del Derecho de un Estado parte (2) y finalmente la elección tácita de la Convención como Derecho aplicable (3).

1. Consideraciones generales sobre la autonomía conflictual con especial enfoque en la elección tácita del Derecho aplicable al contrato internacional

En la reglamentación de los contratos internacionales actualmente se puede reconocer la preeminencia de la autonomía conflictual, esto es, la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato en el que participan⁷. Ello ha sido reconocido en instrumentos tales como: (i) la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (en lo sucesivo “CIDACI”) en su artículo 7⁸; (ii) 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 (en lo sucesivo “Reglamento Roma I”) en su artículo 3⁹; y (iii) los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado¹⁰ (en lo sucesivo los “Principios de La Haya”) en su artículo 2.

La autonomía conflictual ha sido también recogida en la codificación estatal del Derecho Internacional Privado en nuestra región, como lo vemos por ejemplo en nuestra Ley de Derecho Internacional Privado venezolana¹¹ (artículo 29) y, más recientemente, en la Ley No. 5393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Paraguay¹² (artículo 4), la Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana (artículo 58)¹³, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (artículo 2651)¹⁴, el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (artículo 69)¹⁵ y la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (artículo 45)¹⁶.

Especialmente dentro del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado vemos que la conjunción entre la CIDACI y la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁷ otorga un amplio

⁷ Madrid Martínez, Claudia, Relaciones de las empresas con sus pares. Los contratos internacionales, en: Claudia Madrid Martínez (coord.), *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Serie Cuadernos No. 1, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, p. 126.

⁸ Disponible en: <https://bitly.co/Cipz>.

⁹ Disponible en: <https://bitly.co/Ciqh>.

¹⁰ Disponible en: <https://bitly.co/CirW>.

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.511 del 06 de agosto de 1998.

¹² Disponible en: <https://bitly.co/CisB>.

¹³ Disponible en: <https://bitly.co/CisK>.

¹⁴ Disponible en: <https://bitly.co/Ciui>.

¹⁵ Disponible en: <https://bitly.co/CivA>.

¹⁶ Disponible en: <https://bitly.co/Cjlx>.

¹⁷ Es necesario recordar que las normas sobre contratos internacionales de la Ley de Derecho Internacional Privado (artículos 29, 30 y 31) deben leerse a la luz de la CIDACI. En tal sentido, la exposición de motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado es clara en indicar que: “Respecto de las obligaciones, ubicadas en el capítulo VI, y particularmente en el caso de las obligaciones convencionales (artículo 29) se ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los

campo de actuación que lleva a que las partes puedan: (i) elegir un Derecho no vinculado al contrato; (ii) pueden realizar su elección antes, durante o después de la celebración del contrato e incluso modificar la elección previamente realizada, sin que ello afecte la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros (artículo 8 CIDACI); y (iii) fraccionar su elección o limitarla a una sola parte del contrato, al admitirse el *dépeçage* (artículo 7 CIDACI). Incluso, la doctrina venezolana ha admitido que la amplitud con la que se admite el principio de la autonomía conflictual sirve de base para permitir a las partes elegir la *lex mercatoria* o alguna de sus manifestaciones como régimen aplicable a su contrato¹⁸. Esta libertad se extiende a cualquiera de las formas de expresión de la autonomía conflictual.

En tal sentido, vemos que la CIDACI, el Reglamento Roma I y los Principios de La Haya admiten que la elección del Derecho aplicable al contrato pueda ser expresa o tácita. En tal sentido, vemos que el artículo 7 de la CIDACI indica en su encabezado lo siguiente:

“El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

Por su parte, el artículo 3.1 del Reglamento Roma I, lo prevé en los siguientes términos:

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Finalmente, el artículo 4 de los Principios de La Haya establece estas alternativas de la forma siguiente:

“La elección del Derecho aplicable, o toda modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable”.

De las normas citadas se aprecia que la elección expresa implica un acuerdo explícito entre las partes para la elección del Derecho aplicable a su relación contractual. No obstante, esta elección expresa no está sometida a requisitos formales, salvo que las partes así lo acuerden, con

Contratos Internacionales, ratificada en 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”. Consultada en: B. de Maekelt, Tatiana; Hernández-Bretón, Eugenio y Madrid Martínez, Claudia (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias, concordancias y comentarios*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, 8ª ed. aumentada y corregida, 2020, pp. 83-84. Véase igualmente: Madrid Martínez, Claudia, La contratación internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Una mirada desde los sistemas interamericanos, en: *Revista de la Facultad de Derecho No. 74* (2019-2020), p. 291. Disponible en: <https://bit.ly/co/CjzD>.

¹⁸ Madrid Martínez, Relaciones de las empresas..., op. cit., pp. 134-136.

lo que es plenamente válida la elección expresa de forma verbal¹⁹. En todo caso, la elección expresa debe articular manifiesta, clara y patentemente la voluntad de las partes de someter el contrato a un determinado Derecho²⁰.

Por su parte, respecto de la elección tácita del Derecho aplicable, vemos que esta implica en primer lugar una ausencia de elección expresa por las partes y, además, la existencia de indicios que den luces al juez o árbitro de cuál fue la intención de las partes. En tal sentido, vemos que los instrumentos citados son claros en expresar que la elección tácita del derecho aplicable debe derivar de: (i) las disposiciones del contrato; (ii) la conducta de las partes; o (iii) las circunstancias del caso.

Ahora bien, en cuanto a la valoración que debe realizar el juez o árbitro respecto de los anteriores elementos, vemos que todos los elementos imponen la necesidad de que el análisis resulte en el establecimiento de una voluntad real de las partes de que resulte aplicable un Derecho determinado que no fue plasmada en forma expresa²¹. Al exigirse que la elección tácita se “desprenda claramente”, “de manera inequívoca” o que “resulte claramente” de los elementos listados por cada instrumento, se elimina la posibilidad de que el juez o árbitro busque una intención presunta o una elección hipotética de las partes²². La diferencia reside, según Albornoz, en que la CIDACI exige un análisis acumulativo de los elementos listados: conducta de las partes y las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto (por el uso de la conjunción copulativa “y”), mientras que el Reglamento Roma I (y lo mismo puede decirse de los Principios de La Haya) permite un análisis alternativo (por el uso de la conjunción disyuntiva “o”)²³. Respecto del Reglamento Roma I afirma la mencionada autora que, al hacer referencia a las circunstancias del caso, le otorga flexibilidad al juez o árbitro, dado que permite que su análisis considere elementos distintos a la conducta de las partes²⁴.

¹⁹ En tal sentido, véase: (i) Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2016, p. 46, 4.5. Disponible en: <https://bityl.co/CirW>; y (ii) Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2019, p. 137. Disponible en: <https://bityl.co/D2hz>.

²⁰ Hernández-Bretón, Eugenio, Mestizaje cultural en el Derecho Internacional Privado de los países de la América Latina, en: *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Caracas, Universidad Monteávila y Baker McKenzie, 2020, p. 131.

²¹ En su “Comentario relativo a los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, la Conferencia de La Haya es clara en indicar que: “La elección del Derecho aplicable también se puede realizar de forma tácita. Para que surta efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 4, la elección debe ser real, aunque no se explicita en el contrato. Debe existir una intención real de ambas partes de que resulte aplicable un Derecho determinado. No basta con una intención presunta atribuida a las partes”. Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit., p. 46, ¶4.6.

²² Hernández-Bretón, Mestizaje cultural..., op. cit., p. 131.

²³ Albornoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, p. 12. La opinión de Albornoz se ve confirmada por lo indicado en la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas en su ¶262: “Está claro a partir de la redacción del artículo [7 de la Convención] que la conducta de las partes y las cláusulas del contrato son indicadores que el tribunal debe considerar en forma acumulativa y facilitarle a éste llegar a la conclusión de que es “evidente” [la elección]”. Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable...*, op. cit., p. 139.

²⁴ *Ídem*.

En todo caso, el juez o árbitro solo puede concluir que existe una elección tácita del Derecho aplicable cuando los elementos que tiene ante sí le brindan esa certeza. Si de su análisis el juez o árbitro no puede derivar clara o inequívocamente (según corresponda por el instrumento) que las partes tuvieron la intención implícita de someter su contrato a un Derecho determinado, debe proceder como si las partes no se hubieran pronunciado al respecto²⁵. En otras palabras, se deberá aplicar la solución subsidiaria a falta de elección que determine el régimen de Derecho Internacional Privado correspondiente.

En lo que respecta a medios útiles para evaluar la intención implícita de las partes de elegir un Derecho como aplicable a su contrato, se han mencionado las siguientes: (i) el uso de un formulario, un contrato tipo o contrato modelo regido por un sistema jurídico especial²⁶; (ii) la práctica contractual establecida entre las partes de someter sus contratos a un determinado Derecho, siempre que la omisión se deba a circunstancias que no indiquen un cambio intencional en la costumbre contractual²⁷; (iii) el uso de terminología característica de un sistema jurídico concreto o referencias a disposiciones nacionales²⁸. En todo caso, los instrumentos bajo análisis no limitan los medios probatorios para acreditar la conducta de las partes o las circunstancias del caso y dejan claro que el análisis variará según las particularidades del litigio concreto²⁹.

Un aspecto adicional por considerar es la importancia de los acuerdos de elección de foro en la determinación del Derecho aplicable a partir de una intención implícita de las partes. Sobre ello la CIDACI indica, en el aparte único del artículo 7, que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable. Con ello la CIDACI excluye la regla *qui eligit judicem, eligit ius*. No obstante, se ha indicado que, a pesar de ello, la elección del tribunal competente será un elemento que considerar en la determinación de si las partes han decidido de forma concluyente someterse a ese Derecho³⁰. El razonamiento detrás de la norma es que una elección de foro no implica automáticamente una elección de Derecho, pero sí puede ser un elemento relevante en el análisis de la intención implícita. En todo caso, debe entenderse que la elección del Derecho aplicable y la elección del tribunal competente son dos asuntos distintos.

El Reglamento Roma I no establece una regla expresa sobre esta cuestión. No obstante, el considerando 12 del reglamento expresa que un acuerdo entre las partes para conferir a los tribunales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver las controversias ligadas a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato. No obstante, no se pronuncia sobre un acuerdo de elección de foro a favor de un Estado no miembro de la Unión Europea, lo que es

²⁵ Madrid Martínez, *La contratación internacional...*, op. cit., 312. Igualmente, Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable...*, op. cit., p. 139, ¶262

²⁶ Giuliano, Mario y Paul Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992, p. 15. Disponible en: <https://bityl.co/CIXz>.

²⁷ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural...*, op. cit., p. 131.

²⁸ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit, p. 47, ¶4.10.

²⁹ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit, p. 46, ¶4.8.

³⁰ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural...*, op. cit., p. 132, Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable...*, op. cit., p. 141, ¶268

llamativo especialmente a partir de la aplicación universal planteada en el artículo 2 del Reglamento.

Los Principios de La Haya siguen la pauta de la CIDACI³¹ en el sentido de entender que un acuerdo de elección de foro no constituye por sí solo una elección del Derecho aplicable. A pesar de ello, en los comentarios de los Principios de La Haya se indica que el acuerdo de elección de foro “puede ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el Derecho de ese foro”³².

Finalmente, dentro de este particular, es importante aclarar que todas las consideraciones antes realizadas respecto a la posibilidad de que la elección de las partes sea tácita, los elementos a considerar para su determinación y la rigidez del análisis, así como el papel que pueden tener los acuerdos de elección de foro son aplicables en el contexto de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Ello deriva, en primer lugar, de que la CIDACI es fuente de inspiración de los artículos 29, 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones convencionales de carácter internacional y, en segundo lugar, de que es posible argumentar que las mencionadas soluciones constituyen principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, a la luz del artículo 1 *ejusdem*.

2. Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías mediante la elección tácita del Derecho de un Estado parte

Una vez establecida la posibilidad de elegir tácitamente el Derecho aplicable a un contrato internacional con las implicaciones que ello trae, nos corresponde ahora evaluar cómo la elección tácita del Derecho de un Estado parte puede derivar en la aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Para ello, es importante indicar previamente que, partiendo de su artículo 1, párrafo 1 la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías aplica: (i) a los contratos de compraventa³³, sobre el cual no se incluye una definición unificada a los efectos de la convención, pero cuyo carácter se puede derivar de las obligaciones asignadas a las partes por la convención³⁴, especialmente en sus artículos 30 y 53³⁵; (ii) a los contratos de compraventa que

³¹ Al respecto, Gama Jr., Lauro, Tacit choice of law in the Hague Principles, en: *Uniform Law Review*, Volume 22, Issue 2, June 2017, p. 346.

³² Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit, p. 47, ¶4.11.

³³ En tal sentido, el artículo 1.1) de la Convención debe ser leído en conjunto con el artículo 3 *ejusdem*.

³⁴ Schwenzer, Ingeborg y Hachem, Pascal, Article 1, en: Schwenzer, Ingeborg (Ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 30.

³⁵ “En los artículos 1 y 3 de la CIM se determinan las operaciones a las que se aplica la Convención. La definición del contrato de compraventa previsto en la CIM se desprende de las disposiciones en las que se describen las características típicas de las obligaciones que contraen las partes en virtud del contrato, a saber, los artículos 30 y 53 de la CIM: el vendedor debe entregar las mercaderías y el comprador tiene que recibirlas y pagar el precio acordado”. Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Guía jurídica sobre*

tienen por objeto mercaderías³⁶, salvo aquellas excluidas por el artículo 2 de la convención; y (iii) a los contratos de compraventa de mercaderías que tengan carácter internacional, lo que ocurre cuando las partes contratantes tienen su establecimiento en Estados distintos. En caso de que la parte tenga más de un establecimiento, se tomará en cuenta aquel que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento y en el caso de que no tenga establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual (todo ello conforme al artículo 10 de la convención). Adicionalmente, hay que indicar que la internacionalidad del contrato de compraventa de mercaderías debe ser aparente al momento de celebración del contrato o de lo contrario no se tendrá en cuenta a la luz del artículo 1, párrafo 2)³⁷ y no depende de la nacionalidad de las partes o de su carácter civil o comercial en virtud del artículo 1, párrafo 3).

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de la Convención de Viena en virtud de la elección tácita del Derecho aplicable de un Estado parte, debemos diferenciar dos supuestos. En primer lugar, aquel en donde el litigio está siendo conocido por los tribunales de un Estado parte (A). En segundo lugar, aquel en donde el litigio está siendo conocido por los tribunales de un Estado que no es parte de la Convención de Viena (B).

A. Litigio conocido por los tribunales de un Estado parte

El primer supuesto en el que el litigio está siendo conocido por los tribunales de un Estado parte tiene por característica que conlleva la consideración de una norma de la Convención de Viena que permite su aplicación a través de la elección tácita del Derecho aplicable de un Estado parte: el artículo 1, párrafo 1), literal b).

El artículo 1, párrafo 1, literal b) de la Convención de Viena es la norma que permite la aplicación de este instrumento cuando uno o ninguno de los contratantes tiene su establecimiento en un Estado parte. En el caso de que los Estados en donde los contratantes tengan su establecimiento en Estados parte de la convención, está devendrá en aplicable en virtud del artículo 1, párrafo 1), literal a)³⁸. A partir del artículo 1, párrafo 1), literal b) se admite la aplicación de la Convención de Viena cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación del Derecho de un Estado contratante.

A pesar de que la norma no lo indica así, se entiende que el artículo 1, párrafo 1), literal b) de la Convención de Viena solo es de obligatoria aplicación para los Estados parte que no hayan realizado la reserva permitida por el artículo 95 *ejusdem*³⁹. De igual forma, debe tenerse en cuenta

instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa, Viena, CNUDMI, 2020, p. 34, ¶115. Disponible en: <https://bit.ly.co/CmJd>.

³⁶ Sobre lo que se entiende por mercaderías, véase Schwenzler y Hachem, Article 1..., op. cit., pp. 33-36.

³⁷ “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, párrafo 2, no se tiene en cuenta el carácter internacional de la compraventa para determinar si es aplicable la Convención cuando los hechos que le conferirían ese carácter internacional no sean evidentes para las partes en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, sí, por ejemplo, un intermediario celebra un contrato de compraventa en nombre de una parte y no declara que el establecimiento de su representado está situado en un Estado distinto del de la otra parte, el contrato no se regirá por la Convención.” CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía jurídica sobre instrumentos...*, op. cit., p. 34.

³⁸ Sobre esta norma véase Schwenzler y Hachem, Article 1..., op. cit., pp. 38-39.

³⁹ Madrid Martínez, Claudia, Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods, en: Aguilar Vieira, Iacyr de y Cerqueira, Gustavo (Dirs.), *La*

que el artículo 1, párrafo 1), literal b) presupone la verificación del presupuesto de que se trate de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, con la única arista ya indicada de que no hay una coincidencia de Estados parte entre aquellos en donde los contratantes tienen su establecimiento.

Como hemos mencionado el mecanismo planteado por el artículo 1, párrafo 1), literal b) de la Convención de Viena requiere que las normas relevantes de Derecho Internacional Privado determinen como aplicable el Derecho de un Estado parte. Estas normas pueden derivarse de instrumentos internacionales (como la Convención de México), supranacionales (como el Reglamento Roma I) o de instrumentos domésticos de Derecho Internacional Privado⁴⁰, pero en todo caso deben remitir al Derecho de un Estado parte. Además, vemos que el artículo 1, párrafo 1), literal b) de la Convención de Viena no limita los factores de conexión relevantes para su actuación, por lo que puede tratarse de la autonomía conflictual o de otros factores como el lugar de celebración o el lugar de ejecución del contrato, siempre que estos se ubiquen en un Estado parte de la convención.

Para que se concluya la aplicación de la Convención de Viena mediante la elección del Derecho de un Estado parte se requiere que: (i) las normas relevantes del foro en donde se está conociendo el litigio permitan la elección tácita del Derecho aplicable, principio el cual, como hemos visto, es de amplia aceptación; y (ii) que los elementos analizados por el juez lleven a una conclusión clara y cierta de que las partes han tenido la intención implícita de que el Derecho de ese Estado parte de la Convención de Viena sea el aplicable a su relación contractual.

Una vez verificados dichos aspectos la aplicación de la Convención es automática, siempre que el Estado que funge como foro del litigio no haya ejercido la reserva del artículo 95 *ejusdem*⁴¹. De igual forma, se entiende que en este supuesto la Convención es aplicada directamente como tratado internacional de Derecho material unificado, por ser Estados parte tanto el del foro como aquel al que remiten las normas de Derecho Internacional Privado⁴².

En cuanto a la reserva permitida por el artículo 95 de la Convención surge la interesante cuestión de si limita solamente la aplicación del artículo 1, párrafo 1), literal b) o si también impide que sea aplicado el tratado cuando el Estado parte al que remiten las normas de Derecho Internacional Privado ha realizado la reserva⁴³. No obstante, la solución a esta duda es sencilla. A pesar de que el Estado al que remite las normas de Derecho Internacional Privado del foro haya ejercido la reserva permitida por el artículo 95 de la Convención, este sigue siendo un Estado parte, lo que es suficiente para que se verifique la consecuencia del artículo 1, párrafo 1), literal b)

Convention de Vienne en Amérique : 40e anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises / 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, p. 303.

⁴⁰ Schwenger y Hachem, Article 1..., op. cit., p. 40.

⁴¹ De los 95 Estados parte de la Convención solo han ejercido la reserva del artículo 95 Armenia, China, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Laos, San Vicente y las Granadinas y Singapur. Ver: <https://bityl.co/D2gr>.

⁴² Schwenger y Hachem, Article 1..., op. cit., p. 41.

⁴³ Schwenger y Hachem, Article 1..., op. cit., p. 42.

*ejusdem*⁴⁴. La reserva del artículo 95 de la Convención se limita a que el Estado que ratifica, acepta, aprueba o se adhiere a la Convención no queda obligado por el artículo 1, párrafo 1), literal b)⁴⁵.

B. Litigio conocido por los tribunales de un Estado que no es parte de la Convención

En el supuesto de un Estado que no es parte de la Convención, su aplicación no deriva del artículo 1, párrafo 1), literal b, dado que no se encuentra obligado por dicha norma⁴⁶. No obstante, su aplicación es todavía posible en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado del foro. Ello depende de dos aspectos relevantes: (i) que las normas de Derecho Internacional Privado de ese Estado permitan la elección tácita del Derecho aplicable; y (ii) que el ordenamiento jurídico del Estado al que remite la norma de conflicto del foro ordene la aplicación de la Convención.

El primer aspecto parece innecesario, dada la amplia aceptación del principio de autonomía conflictual y la elección tácita como forma de expresión de la misma. No obstante, puede ocurrir que un país determinado no permita la autonomía conflictual⁴⁷ o bien que permita la autonomía conflictual pero solo la limite a la elección expresa. En ambos casos la aplicación de la Convención por vía de la elección tácita del ordenamiento jurídico de un Estado parte no sería posible.

En cuanto al segundo aspecto, vemos que es consecuencia del principio ampliamente aceptado de que el Derecho extranjero al que remiten las normas de conflicto del foro debe ser aplicado de la misma forma en cómo lo haría un juez de dicho Estado. Ese principio está consagrado en nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, la cual acoge la tesis jurídica sobre la naturaleza del Derecho extranjero en sus artículos 2, 3, 60 y 61⁴⁸. Particularmente acá interesa el artículo 2 que indica que “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo...”.

Como consecuencias de esta tesis jurídica tenemos que el juez del foro debe aplicar todas las fuentes vigentes en el Estado al que remite su norma de conflicto y que debe respetar su orden de prelación de fuentes. De allí que el juez del foro podrá aplicar la Convención si ha concluido que las partes eligieron tácitamente el Derecho de un Estado parte como aplicable y este, a través de sus principios y orden de prelación de fuentes, ordena la aplicación del tratado a un supuesto similar que verse sobre un contrato de compraventa internacional de mercaderías regulado por la Convención. De tal forma, el juez del foro no solo estaría respetando su sistema de Derecho Internacional Privado, sino que estaría respetando la forma en la que un juez del Estado de la *lex causae* aplica su propio Derecho.

Si bien aquí estamos tratando el supuesto de un litigio conocido por los tribunales de un Estado que no es parte de la Convención, consideramos que lo mismo puede indicarse respecto de

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ Sobre esta reserva véase, CISG Advisory Council Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG. Consultada en: <https://bitly.co/D19j>.

⁴⁶ Schwenger y Hachem, Article 1..., op. cit., p. 20.

⁴⁷ Como ocurre con Brasil. Véase artículo 9 de la Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Redação dada pela Lei No. 12.376, de 2010. Consultada en: <https://bitly.co/D17s>. Al respecto, Madrid Martínez, La contratación internacional..., op. cit., pp. 314.

⁴⁸ B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición Actualizada, Serie Estudios No. 87, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 309-314.

los Estados que sí son parte de la Convención, pero que han hecho la reserva del artículo 95 *ejusdem*. En tal sentido, vemos que la opinión número 15 del *CISG Advisory Council* sobre las reservas del artículo 95 y 96 indica lo siguiente:

“A declaration under Article 95 excludes the declaring Contracting State’s obligation under public international law to apply the Convention in accordance with Article 1(1)(b). However, it does not prevent the courts of such a State from applying the Convention when their rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State”.

En este supuesto el Estado parte de la Convención que ha ejercido la reserva del artículo 95 *ejusdem* solo excluye su obligación de Derecho Internacional Público en virtud del artículo 1, párrafo 1), literal b, pero si se verifican las condiciones indicadas anteriormente, los tribunales del Estado parte que ha reservado todavía pueden concluir que la Convención es aplicable en virtud de sus normas de Derecho Internacional Privado. Por ello, si se verifica la elección tácita del Derecho aplicable de un Estado parte se puede derivar la consecuencia ya explicada.

3. Elección tácita de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías como Derecho aplicable

Además de los supuestos que hemos comentado, que parten de la elección tácita del Derecho aplicable de un Estado parte de la Convención, consideramos que también puede evaluarse la posibilidad de que las partes elijan tácitamente la Convención de Viena como instrumento aplicable a su relación. Allí podríamos considerar dos escenarios: (i) el del litigio en sede judicial (A); y (ii) el del litigio en sede arbitral (B).

A. Litigio en sede judicial

En sede judicial la aplicación de la Convención mediante elección tácita depende de que las normas de Derecho Internacional Privado relevantes permitan la elección de normas no estatales por los contratantes. Para considerar ello, vale la pena volver a la CIDACI, el Reglamento Roma I y los Principios de La Haya.

En el ámbito de la CIDACI vemos que no hay una previsión expresa que permita a las partes elegir un derecho no estatal como aplicable a su relación contractual. No obstante, otorga un amplio campo de actuación que lleva a que las partes puedan elegir un Derecho no vinculado al contrato, puedan realizar su elección en cualquier momento e incluso modificar la elección previamente realizada con las limitaciones impuestas por el artículo 8 y fraccionar su elección o limitarla a una sola parte del contrato. Esta amplitud permite entonces que las partes bajo el ámbito de la CIDACI puedan elegir un Derecho no estatal, a pesar incluso de lo indicado por el artículo 17 *ejusdem*⁴⁹ sobre el que se ha dicho que tiene por único objetivo excluir la institución del reenvío en materia de contratos internacionales⁵⁰.

⁴⁹ Madrid Martínez, *Relaciones de las empresas...*, op. cit., pp. 134-136. Para un resumen de las posiciones contrarias y para ver cómo los Principios de La Haya pueden favorecer la interpretación de la CIDACI para permitir la elección de un Derecho no estatal, Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable...*, op. cit., pp. 123-125.

⁵⁰ Madrid Martínez, *La contratación internacional...*, op. cit., pp. 325.

Con respecto al Reglamento Roma I se entiende que no permite la elección de un Derecho no estatal. No obstante, el considerando 13 del Reglamento deja a salvo la alternativa de que las partes incorporen por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional⁵¹. Esa incorporación por referencia quedará en todo caso sometida al Derecho estatal declarado como competente para regular el contrato⁵².

En lo relativo a los Principios de La Haya, vemos que su artículo 3 expresa lo siguiente:

“Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”

Como vemos, el artículo 3 de los Principios de La Haya permite a las partes elegir “normas de Derecho” que no emanan de fuentes estatales. Para ello, la mencionada norma indica que tales normas de Derecho deben ser generalmente aceptadas a un nivel superior al nacional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, teniéndose por límite de tal elección lo que indique el Derecho del foro.

En los comentarios de los Principios de La Haya se indica que los tratados internacionales pueden considerarse una fuente generalmente aceptada de normas de Derecho, incluyéndose como ejemplo específico de ello a la Convención. En tal sentido, las partes pueden elegir que la Convención “se aplica como ‘normas de Derecho’, sin tener en cuenta las declaraciones o reservas estatales que podrían entrar en juego si se aplicase como un tratado ratificado o como parte del Derecho estatal”⁵³.

Con respecto a las características que deben tener estas normas de Derecho se indica que: (i) deben ser un conjunto de normas que permitan la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional⁵⁴; (ii) su neutralidad se cumple cuando la fuente de donde emana sea reconocida como un órgano neutral e imparcial, representando distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas⁵⁵; y (iii) la exigencia de que sean equilibradas parte de la presunción de que la autonomía conflictual en los contratos comerciales se verifica entre partes con un poder de negociación similar y busca que las normas de Derecho no beneficien a una de las partes de la operación⁵⁶.

Debe destacarse la importancia de que los Principios de La Haya hayan incluido una norma que expresamente estableciera esta facultad de las partes. Esto constituye una evolución de lo que se verificó con la CIDACI y el Reglamento Roma I que hicieron necesarios ejercicios de interpretación para concluir si en el contexto del instrumento en específico la elección de normas

⁵¹ Leibel, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 3, Número 1 (2011), p. 226. Consultado en: <https://bit.ly.co/D1HL>.

⁵² Madrid Martínez, Claudia, Notas sobre la lex mercatoria: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos, en: Moreno Rodríguez, José y Fernández Arroyo, Diego P. (Coords.), *Derecho o internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 348.

⁵³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit, p. 42, ¶3.5.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 43, ¶3.10.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 43, ¶3.11.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 43, ¶3.12.

no estatales le es permitida o negada a las partes. Esta tendencia ha sido ya replicada a nivel nacional por instrumentos tales como la Ley No. 5393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Paraguay (artículo 5)⁵⁷ y la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (artículo 45)⁵⁸.

De lo anterior se deriva que, al menos en el contexto de la CIDACI y de los Principios de La Haya es perfectamente posible que las partes, a través de su elección tácita lleven a la aplicación de normas no estatales a su relación contractual, siempre que ello se desprenda claramente de la conducta de las partes, las disposiciones del contrato y las circunstancias del caso. Eso abre la brecha para que la Convención sea objeto de dicha elección por las partes, dada su amplia aceptación como un instrumento de Derecho uniforme que ofrece normas jurídicas neutrales que regulan los contratos de compraventa internacional de mercaderías y evita en gran medida la necesidad de determinar la ley de qué Estado regirá las cuestiones fundamentales⁵⁹. En todo caso, debe tomarse en consideración que a la luz del artículo 7, párrafo 2), cualquier materia no expresamente resuelta en ella se dirimirá de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado.

Llevando estas consideraciones al contexto del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, coincidimos con Madrid Martínez en que la amplitud con la que se consagra la autonomía conflictual tanto en la CIDACI como en la Ley de Derecho Internacional Privado, sobre la cual incluso pueden elegirse incluso la *lex mercatoria*, abren la posibilidad de que un juez venezolano aplique la Convención a un contrato de compraventa internacional de mercaderías, cuando las partes así lo han decidido⁶⁰. A ello agregamos que el juez nacional no podría establecer como obstáculo el hecho de que Venezuela no sea Estado parte de la Convención.

B. Litigio en sede arbitral

En el contexto del arbitraje comercial internacional vemos que la libertad de las partes de elegir normas no estatales es amplia. Se encuentra reconocida por ejemplo en la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 28, párrafo 1)⁶¹ y en el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en su artículo 35, párrafo 1)⁶² que hacen referencia a que el Tribunal Arbitral deberá aplicar las “normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio”. Esta referencia a “normas de Derecho” se entiende en el mismo sentido que los Principios de La Haya, es decir, abarcando normas de Derecho emanadas de fuentes no estatales⁶³.

Lo mismo ocurre nivel de los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio (artículo 21.1)⁶⁴, la Corte

⁵⁷ Disponible en: <https://bitly.co/CisB>.

⁵⁸ Disponible en: <https://bitly.co/Cj1x>.

⁵⁹ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía jurídica sobre instrumentos...*, op. cit., p. 8.

⁶⁰ Madrid Martínez, *Domestic Contract Law...*, op.cit., pp. 305-306.

⁶¹ Disponible en: <https://bitly.co/D2Xr>.

⁶² Disponible en: <https://bitly.co/D2Y6>.

⁶³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, op.cit, p. 41, ¶3.1.

⁶⁴ Disponible en: <https://bitly.co/D2YW>.

de Arbitraje Internacional de Londres (artículo 22.3)⁶⁵, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 27.1)⁶⁶ y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (artículo 34.1)⁶⁷, por solo nombrar algunos de los de mayor renombre internacional. De igual forma, eso lo vemos reflejado en los reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (artículo 34.1)⁶⁸ y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (artículo 56)⁶⁹.

Esto demuestra como en el arbitraje comercial internacional los árbitros tienen una mayor libertad para aplicar normas no estatales cuando las partes las han elegido como aplicables al fondo de su disputa. Ello se deriva del papel preponderante que tiene la autonomía de la voluntad dentro del arbitraje comercial internacional⁷⁰. Estas normas no estatales se aplican sin que sea necesario para los árbitros apoyarse en alguna norma de conflicto nacional o en la posición favorable que asuma el ordenamiento jurídico nacional de la sede del arbitraje.

Partiendo de estas bases, vemos que es perfectamente posible para el tribunal arbitral aplicar la Convención de Viena en virtud de la elección de las partes, sea expresa o tácita. En tal sentido, vemos que la Ley Modelo CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje CNUDMI y los reglamentos nombrados limitan la forma en que las partes pueden realizar dicha elección, ni tampoco los aspectos que se deben considerar para determinar que ha habido una elección tácita del Derecho aplicable por las partes. No obstante, consideramos que en el caso de la elección tácita los tribunales arbitrales no están exentos de tomar en consideración la conducta de las partes, las disposiciones del propio contrato y las circunstancias particulares del litigio que es sometido a su conocimiento. En esta línea, los tribunales arbitrales tienen un deber similar al de los jueces estatales en el sentido de realizar un análisis con miras a verificar si es posible concluir que las partes tuvieron clara e inequívocamente la intención implícita de someter su contrato a un conjunto de normas no estatales.

En concreto sobre la Convención vemos que la *Guía jurídica sobre sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa* preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

⁶⁵ Disponible en: <https://bitly.co/D2cW>.

⁶⁶ Disponible en: <https://bitly.co/D2b8>.

⁶⁷ Disponible en: <https://bitly.co/D2b4>.

⁶⁸ Disponible en: <https://bitly.co/D2bb>.

⁶⁹ Disponible en: <https://bitly.co/D2bd>.

⁷⁰ Sánchez Lorenzo, Sixto, Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial *internacional*, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXI, Número 1, 2009, pp. 49-50. En el mismo sentido, Bermann, George, International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 381, p. 284: “The easiest scenario in which to envision non-State law at work is one in which parties to an arbitration agreement expressly subject disputes between them to such a body of law. It is generally accepted, in line with the principle of party autonomy that pervades international arbitration, that parties are free to do precisely that. That freedom includes the freedom to select various bodies of “soft law” to which national courts, by contrast, would ordinarily be reluctant to give direct effect as the applicable law”. *Vid.*, igualmente, Jansenn, André y Spilker, Matthias, The CISG and the International Arbitration, en: DiMateo, Larry A. (Ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 139.

Internacional (CNUDMI), la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) indica lo siguiente:

“En el contexto arbitral se puede elegir la CIM 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 ese contexto, la CIM puede aplicarse como norma jurídica transnacional (no estatal)”⁷¹.

Ello se ve confirmado por el hecho de que, en los supuestos de elección expresa, existen cláusulas modelo por las cuales las partes pueden guiarse para prever la Convención como conjunto de “normas de derecho” aplicable al fondo de su litigio. Como ejemplo de ello, se tiene la cláusula modelo del Centro de Arbitraje Chino-Europeo⁷².

Por ello, siempre que se trate de una compraventa de mercaderías de carácter internacional, así como de aquellos contratos regulados por tal instrumento, podrá el tribunal arbitral aplicar la Convención como norma de Derecho ante la elección implícita por las partes, especialmente ante la referencia que ellas hayan hecho a dicho instrumento en la etapa precontractual, las referencias a dicho tratado internacional que se hagan en el propio y las propias circunstancias en las que se ejecutó el contrato. En todo caso, el tribunal arbitral deberá tener en consideración que, muy posiblemente, tendrá que acudir a las reglas de determinación del Derecho aplicable a falta de elección para complementar aquellos aspectos que no estén regulados por la Convención⁷³.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión podemos expresar que elección tácita del Derecho aplicable es una institución de amplia aceptación tanto por instrumentos internacionales (vinculantes o no), supranacionales y estatales. De igual forma, ha quedado claro que la elección tácita del Derecho aplicable es una vía apta para concluir que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías es aplicable al fondo de un litigio determinado. Si bien se diferencian los supuestos en que el litigio es conocido por un Estado parte o no, vemos que ambos involucran activamente la consideración de las normas de Derecho Internacional Privado.

De igual forma, vemos que igualmente es posible que tanto un juez estatal como un tribunal arbitral puedan aplicar la Convención ante una elección implícita y directa de este instrumento. A pesar de las dificultades que plantea el establecimiento de la elección tácita o implícita en todos los casos mencionados, consideramos que los instrumentos que analizamos, así como las guías

⁷¹ CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, *Guía jurídica sobre instrumentos...*, op. cit., p. 18.

⁷² “The contract shall be governed by

- a) the law of the jurisdiction of _____ [country to be supplemented], or
- b) the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG) without regard to any national reservation, supplemented for matters which are not governed by the CISG, by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and these supplemented by the otherwise applicable national law, or
- c) the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts supplemented by the otherwise applicable law”.

Consultada en: <https://bitly.co/D2hR>.

⁷³ Sobre estas reglas, *vid.*, Briceño Laborí, José Antonio, La determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje comercial internacional, en: *Revista MARC*, 1era Edición, 2020, pp. 13-15. Disponible en: <https://bitly.co/D2jj>.

auxiliares que han sido publicadas recientemente, ofrecen un camino claro para que el juez separe los supuestos de elección tácita y determinación del Derecho aplicable a falta de elección.

Si bien es deseable que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías continúe siendo adoptada por los distintos Estados que conforman la comunidad internacional, con estas líneas confirmamos que su importancia y utilidad sobre pasa la necesidad de ratificación y permite que sea considerada como un conjunto de normas neutral y equilibrado que sea aplicable incluso en supuestos en los que las partes no tienen su establecimiento en un Estado parte.

BIBLIOGRAFÍA

- Albornoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, pp. 5-42.
- B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición Actualizada, Serie Estudios No. 87, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- B. de Maekelt, Tatiana; Hernández-Bretón, Eugenio y Madrid Martínez, Claudia (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias, concordancias y comentarios*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, 8ª ed. aumentada y corregida, 2020.
- Bermann, George, International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 381, 2017, pp. 41-478.
- Briceño Laborí, José Antonio, La determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje comercial internacional, en: *Revista MARC*, 1era Edición, 2020, pp. 6-17. Disponible en: <https://bit.ly.co/D2jj>.
- Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e Instituto 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, CNUDMI, 2020. Disponible en: <https://bit.ly.co/CmJd>.
- Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2019. Disponible en: <https://bit.ly.co/D2hz>.
- Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya,

- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2016. Disponible en: <https://bitly.co/CirW>.
- Gama Jr., Lauro, Tacit choice of law in the Hague Principles, en: *Uniform Law Review*, Volume 22, Issue 2, June 2017, pp. 336-350.
- Giuliano, Mario y Paul Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992. Disponible en: <https://bitly.co/CIXz>.
- Hernández-Bretón, Eugenio, Mestizaje cultural en el Derecho Internacional Privado de los países de la América Latina, en: *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Caracas, Universidad Monteávila y Baker McKenzie, 2020, pp. 55-152.
- Jansenn, André y Spilker, Matthias, The CISG and the International Arbitration, en: DiMateo, Larry A. (Ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 135-153.
- Leibel, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 3, Número 1 (2011), p. 214-233. Consultado en: <https://bitly.co/D1HL>.
- Madrid Martínez, Claudia, Domestic Contract Law and Private International Law of Venezuela and the Vienna Convention on the International Sale of Goods, en: Aguilar Vieira, Iacyr de y Cerqueira, Gustavo (Dirs.), *La Convention de Vienne en Amérique : 40e anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises / 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. 301-322.
- Madrid Martínez, Claudia, La contratación internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Una mirada desde los sistemas interamericanos, en: *Revista de la Facultad de Derecho No. 74* (2019-2020), pp. 297-346. Disponible en: <https://bitly.co/CjzD>.
- Madrid Martínez, Claudia, Notas sobre la lex mercatoria: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos, en: Moreno Rodríguez, José y Fernández Arroyo, Diego P. (Coords.), *Derecho o internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 348.
- Madrid Martínez, Claudia, Relaciones de las empresas con sus pares. Los contratos internacionales, en: Claudia Madrid Martínez (coord.), *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Serie Cuadernos No. 1, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, pp. 99-138.

Sánchez Lorenzo, Sixto, Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXI, Número 1, 2009, pp. 39-74.

Schwenzer, Ingeborg y Hachem, Pascal, Article 1, en: Schwenzer, Ingeborg (Ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 27-46.

Obligaciones del comprador en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y medios de pago en el comercio internacional

Wilfredo Monsalve García*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 176-215

Resumen: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías es uno de los más exitosos trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. A 42 años de su aprobación y 41 años desde que Venezuela la firmó, aun es tarea pendiente su ratificación. Con el objetivo de promoverla entre nosotros, abordaremos en estas anotaciones el régimen de las obligaciones fundamentales del comprador y formularemos algunos comentarios sobre los medios de pago, uno de los aspectos silenciados en el texto de la Convención.

Palabras clave: Compraventa internacional de mercaderías, obligaciones, medios de pago.

Obligations of the buyer under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and means of payment in international trade

Abstract: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is one of the most successful works of the United Nations Commission on International Trade Law. 42 years after its approval and 41 years since Venezuela signed it, its ratification is still pending. With the aim of promoting it among ourselves, we will address in these annotations the regimen of the fundamental obligations of the buyer and we will make some comments on the means of payment, one of the aspects silenced in the text of the Convention.*

Keywords: *International sale of goods, obligations, means of payment.*

Autor invitado

Recibido: 15/07/2022

Aprobado: 17/08/2022

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje; Socio estudiante correspondiente -40 del Club Español del Arbitraje; Asistente legal: Departamento de Investigación en Badell & Grau.

Obligaciones del comprador en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y medios de pago en el comercio internacional

Wilfredo Monsalve García*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 176-215

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Obligaciones del comprador 1.1. Obligaciones principales del comprador 1.2. Obligación de pagar el precio 1.2.1. Moneda de pago 1.3. Fijación del precio 1.4. Fijación del precio en función del peso de las mercaderías 1.5. Lugar de pago del precio 1.6. Momento de pago del precio 1.6.1. Principio de simultaneidad del pago 1.6.2. Casos de compraventa con contrato de transporte 1.6.3. Derecho del comprador de examinar las mercaderías antes del pago 1.7. Dispensa de formalidades previas al pago del precio 1.8. Obligación de recepción 1.8.1. El derecho del comprador a rechazar las mercaderías 2. Medios de pago 2.1. La ausencia de regulación de los medios de pago en la CISG 2.2. Medios de pago en particular 2.2.1. Crédito documentario 2.2.2. Tarjeta de crédito 2.2.3. Transferencia bancaria 2.2.4. Remesa 2.2.5. Medios de pago electrónicos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hace 42 años, el viernes 11 de abril de 1980, se aprobó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés), en Viena, Austria¹.

Venezuela firmó la CISG el 28 de septiembre de 1981². Desde entonces, han transcurrido 41 años durante los cuales Venezuela no ha ratificado la convención y, por lo tanto, la CISG aún no forma parte del ordenamiento jurídico nacional. En la actualidad, la CISG cuenta con un total de

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje; Socio estudiante correspondiente -40 del Club Español del Arbitraje; Asistente legal: Departamento de Investigación en Badell & Grau.

¹ Para un estudio profundizado sobre la CISG y sus antecedentes véase Gonzalo Parra-Aranguren, «Legislación uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho*, 35 (1986): 65-66. El Dr. Gonzalo Parra-Aranguren explica que la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue aprobada por la Conferencia de Plenipotenciario convocada mediante la Resolución 33/39 de fecha 16 de diciembre de 1978. Aquella Conferencia de Plenipotenciarios se reunió en Austria desde el 10 de marzo hasta el 11 de abril de 1980. A la conferencia, presidida por el profesor húngaro Gyula Eoirsi, asistieron representantes de 62 países del mundo. Venezuela envió un observador. Al respecto véase en general Eugenio Hernández-Bretón, «Usos no pactados del Código de Comercio Alemán (HGB) a la Convención del Comercio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980)», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 127 (1993).

² Véase “Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)” Consultado el 8 de agosto de 2022. Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

95 Estados parte, de conformidad con la información disponible en el portal web de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional³.

Los beneficios derivados de la CISG se deben, en parte, a su función unificadora del régimen de contratación en materia de compraventa internacional de mercaderías. Tal como señala Audit:

... la vía de la unificación del derecho de la compraventa internacional, y sólo de él, aparece como una solución óptima. No requiere ninguna adaptación de los derechos internos en los diferentes aspectos ligados al derecho de la compraventa, y las reglas pueden ser concebidas en función de las particulares necesidades y circunstancias del comercio internacional⁴.

Otro gran beneficio de la CISG es que contribuye con el aumento de seguridad jurídica y certeza entre las partes contratantes. Esto hace que la contratación se adapte a la actual realidad de las relaciones comerciales internacionales, cristalizada en las normas de la CISG. La CISG, como instrumento internacional de unificación del tratamiento de las operaciones comerciales relacionadas con la compraventa internacional de mercaderías, tiene un gran valor que impone el deber de profundizar su estudio.

En este trabajo abordaremos el tema de las obligaciones del comprador y los medios de pago a la luz de la CISG. Para ello, examinaremos el texto de la convención y varias de las decisiones de distintos tribunales del mundo que la han aplicado.

El análisis de las obligaciones del comprador de pagar el precio y de recibir las mercaderías, implica formular consideraciones particulares sobre las normas contenidas desde el artículo 53 al artículo 60 de la CISG. En esa labor, analizaremos asuntos como la fijación del precio; el lugar de pago del precio; el momento del pago; la dispensa de formalidades previas al pago del precio y la obligación de recepción de las mercaderías por parte de comprador.

Asimismo, incluimos en este estudio algunas anotaciones sobre los medios de pago en el comercio internacional. Nos referiremos a la ausencia de regulación expresa de los medios de pago en la CISG, concretando una posible solución al respecto. Seguidamente, se establecerán definiciones fundamentales para comprender los medios de pago empleados con más frecuencia en la actual dinámica de las operaciones comerciales transfronterizas. Para cerrar, formularemos algunas consideraciones generales sobre los medios electrónicos de pago.

1. Obligaciones del comprador

Un asunto de primera importancia en el estudio del comercio internacional es la comprensión de las particulares características de las operaciones comerciales transfronterizas. Ello implica conocer los deberes de los contratantes y su alcance, a los fines de familiarizarse con la dinámica comercial internacional.

³ Ídem.

⁴ Bernard Audit, *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Zavala, 1994, 8.

El capítulo III de la CISG dedica ocho artículos a la regulación de las obligaciones del comprador. Esas obligaciones, en términos generales, pueden sintetizarse en dos: la obligación de pagar las mercaderías y la obligación de recibirlas.

1.1 Obligaciones principales del comprador

El artículo 53 de la CISG establece que “El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”. Esta disposición establece en forma genérica las obligaciones del comprador durante operaciones internacionales de compraventa⁵. Obligaciones que deberán cumplirse atendiendo a las condiciones que las partes han fijado en el contrato y a las condiciones establecidas por la CISG.

Como señala H. Gabriel, esta sección “reconoce la primacía del contrato en la definición de las obligaciones de las partes, y este artículo se aplica en ausencia de un acuerdo contractual entre las partes en sentido contrario”⁶. En este mismo sentido, se aclara que la norma distingue entre dos posibles fuentes de obligaciones primarias del comprador: (i) las surgidas del propio contrato y (ii) las surgidas del derecho sustantivo, en este caso de la CISG⁷.

Sin embargo, además de las obligaciones previstas en forma general en el artículo 53, se reconoce la existencia de otras obligaciones para comprador que dependen de las previsiones contractuales de las partes. Entre ellas:

1. Garantías que refuercen el pago del precio;
2. Suministro de materiales necesarios para la producción o manufactura de las mercaderías (párrafo primero del artículo 3 CISG);
3. Forma, dimensiones o características de las mercaderías (artículo 35)⁸.

La jurisprudencia no ha tenido mayores comentarios sobre este artículo. Se suele recurrir a la norma cuando se quiere exigir el cumplimiento de obligaciones por parte del comprador. Como indica H. Gabriel:

Dado que los detalles de estas obligaciones se tratan en otros artículos, el artículo 53 no ha creado problemas a los tribunales. En consecuencia, las decisiones reportadas generalmente han las obligaciones establecidas en el artículo 53 sólo se han mencionado de pasada, y sólo han se han limitado a afirmar la obviedad de que el comprador tiene, de hecho, la obligación de pagar el precio de las mercancías⁹.

⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York: Naciones Unidas, 2010, 178. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/second_edition_spanish.pdf. En el artículo 53 “se describen en términos generales los deberes fundamentales del comprador”.

⁶ Henry Deeb Gabriel, «The buyer’s performance under the CISG: Articles 53-60 trends in the decisions», *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, Issue 1 (2005): 273. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/gabriel.pdf>.

⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 178.

⁷ Cfr. Henry Deeb Gabriel, «The buyer’s performance under the CISG: Articles 53-60 trends in the decisions», 273.

⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 178.

⁹ Cfr. Henry Deeb Gabriel, «The buyer’s performance under the CISG: Articles 53-60 trends in the decisions», 273.

Luego de la norma aislada del artículo 53, inicia la Sección I relativa al pago del precio por parte del comprador.

1.2 Obligación de pagar el precio

El artículo 54¹⁰ regula lo concerniente a las acciones preparatorias del pago, de conformidad con lo establecido en el contrato, leyes y reglamentos aplicables. Se trata de obligaciones accesorias del comprador respecto de la obligación principal de realizar el pago.

Ante todo, debe reconocerse la complejidad de las compraventas internacionales, que implican la interacción de varios ordenamientos jurídicos pero que, más allá de la relación jurídica de los contratantes, supone la interacción entre ellos y otras entidades. En efecto:

...es habitual que el pago del precio entrañe movimientos mediante giros, órdenes de pago, cheques o transferencias de moneda extranjera que deben ser remitidas al exterior. En especial, en aquellos países cuya moneda no es aceptada internacionalmente como medio de pago, se debe recurrir al cambio de la moneda nacional por la moneda fuerte del contrato pactada, la cual será remesada en pago al comprador¹¹.

Los Estados con mayores niveles de burocracia emplean normas de control cambiario que amplían la cantidad de requisitos exigidos para la adquisición de moneda extranjera que sirva a los comerciantes internacionales para el pago de sus obligaciones¹². Dichos recaudos:

... pueden abarcar desde los simples controles mediante formularios de declaraciones juradas, hasta limitaciones en los plazos en que los pagos pueden ser realizados, o restricciones que vedan la adquisición de divisas con esos fines, a veces definitivamente y en otros casos temporariamente¹³.

En reconocimiento de la realidad interna de los Estados y de las complejidades propias del comercio internacional, se hace más sencillo notar cómo puede afectarse el cumplimiento de la obligación de pagar que recae en el comprador. Bajo esa perspectiva debe entenderse el artículo 54.

El artículo 54 contempla la obligación del comprador de tomar las medidas necesarias para realizar el pago, incluido el deber de sufragar los gastos relacionados. Y, por otra parte, establece la obligación de cumplir los requisitos contractuales, legales y reglamentarios para posibilitar el pago. En cuanto a la primera obligación, se discute si se trata de una obligación de medio o resultado. La interpretación que se adopte, podría conducir a conclusiones totalmente diferentes en el razonamiento de árbitros y jueces que apliquen la CISG.

En ese sentido, conviene recordar la frecuente clasificación de las obligaciones bajo el criterio de la finalidad que debe lograr el deudor lo que arroja dos clases: obligaciones de resultado

¹⁰ “La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de 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”.

¹¹ Jorge Luis Riva, *Manual de derecho del comercio exterior*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, 67.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

y obligaciones de medio o de diligencia¹⁴. En el caso de la obligación del comprador de adoptar las medidas que posibiliten el pago, se trata predominantemente de una obligación de resultado. En efecto, tras incumplirse esta obligación, el vendedor tiene —inmediatamente— la posibilidad de demandar al comprador.

De manera que, “el hecho de no haberse realizado esos actos constituye un incumplimiento, y no sólo un factor de un posible incumplimiento anticipado del contrato”¹⁵. Tal como lo decidió la Corte Suprema de Queensland, Australia, el 17 de noviembre de 2000.

En el caso resuelto por la Corte Suprema de Queensland, relativo a la controversia entre un vendedor australiano y un comprador malayo respecto de un contrato para la venta de chatarra de acero, el embarque debía realizarse desde cualquier puerto australiano en julio de 1996. La obligación del comprador de pagar las mercaderías debía efectuarse mediante una carta de crédito irrevocable que, de conformidad con un acuerdo verbal posterior, debía ser emitida el 1 de agosto de 1996 por 60 días.

Sin embargo, en julio de 1996 el comprador cambió de dirección y requería la aprobación de un comité ejecutivo para la emisión de la carta de crédito. Ante esto, el vendedor rescindió el contrato el 9 de agosto.

En esa oportunidad:

El tribunal decidió que la negativa de ordenar la emisión de una carta de crédito a tiempo era claramente un incumplimiento fundamental en el sentido de los artículos 25 y 64(1) (a) de la CISG, **ya que la falta de establecimiento de una carta de crédito en las circunstancias del caso era un incumplimiento por parte del comprador de su “obligación de pagar el precio”** (Art. 54 de la CISG)¹⁶. (Resultado añadido)

Por otra parte, el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de la Federación Rusa en una controversia entre un vendedor alemán y un comprador ruso, decidió el 17 de octubre de 1995 que:

En virtud del art. 54 de la CISG, la obligación del comprador de pagar el precio de las mercaderías incluía la adopción de las medidas y el cumplimiento de las formalidades necesarias para permitir el pago. Sobre la base de los materiales del caso y de las aclaraciones ofrecidas por el comprador durante el procedimiento, se estableció que la única acción llevada a cabo por el comprador fue enviar instrucciones al banco para que se transfirieran las cantidades pagaderas en virtud del contrato, pero que no había tomado ninguna medida para garantizar que el pago pudiera realizarse realmente¹⁷.

¹⁴ Véase María Candelaria Domínguez Guillen, *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*, Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017, 88. La autora, siguiendo a Martínez Cárdenas, reconoce la existencia de críticas respecto de esta clasificación que apuntan a su insuficiencia para abarcar todos los supuestos posibles, lo que ha dado lugar a posiciones intermedias.

¹⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York: Naciones Unidas, 2010, 182. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/second_edition_spanish.pdf. En la obra se incluye como referencia a pie de página lo ocurrido en el Caso CLOUT N° 631, de la Corte Suprema de Queensland, Australia de fecha 17 de noviembre de 2000.

¹⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/472>.

¹⁷ <http://www.unilex.info/cisg/case/216>.

La decisión aclara que no basta con que el comprador remita instrucciones a su banco a los fines de posibilitar el pago. El comprador debe tomar todas las medidas para posibilitar el pago, de conformidad con el artículo 54 de la CISG. En este caso, el comprador incumplió con su obligación de pagar el precio pues no se aseguró de que el pago pudiera efectuarse en moneda convertible y se conformó con remitir instrucciones de pago a su banco.

Ahora bien, las medidas que debe adoptar el comprador para asegurar el pago pueden ser clasificadas en (i) medidas comerciales y (ii) medidas administrativas. Dependiendo de cuál se trate, el comprador estará ante una obligación de medio o una de resultado.

En efecto, cuando se trata de medidas comerciales, “el comprador acepta el compromiso de lograr un resultado”¹⁸. Mientras que en cuanto a las medidas administrativas “el comprador tiene sólo la obligación de hacer lo mejor que pueda”¹⁹.

Dicha clasificación permite apreciar el grado de dependencia que tiene el cumplimiento de la obligación respecto del comprador. Puede exigirse al comprador que tome las medidas pertinentes para realizar la transferencia del pago, pero no que la autoridad bancaria apruebe la transacción²⁰.

Tomar las previsiones necesarias para posibilitar el pago es una medida comercial que depende absolutamente del comprador. Mientras que, cuando se requiere la autorización de una autoridad, un tercero es quien impide la realización del pago, independientemente de la diligencia empleada por el comprador.

No han faltado críticos de esta clasificación quienes argumentan que “en virtud del artículo 54, el comprador es responsable legalmente si no se ha cumplido un requisito previo al pago de cualquier índole que sea, a reserva de lo dispuesto en el artículo 79 de la Convención”²¹.

1.2.1 Moneda de pago

El artículo 54 no establece como se determina la moneda de pago. La disposición debe concordarse con varios artículos de la CISG para conocer el criterio bajo el cual se elegirá la moneda de pago.

La primera disposición que hay que observar al respecto es la del artículo 6: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 182.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Ídem*.

Esta norma establece el principio de autonomía de las partes contratantes²² que, en ejercicio de su libertad, pueden seleccionar las disposiciones de la convención que no son aplicables a su relación jurídica e incluso modificar los efectos de algunas de ellas.

El único límite respecto del principio de autonomía de voluntad de las partes es fijado por la norma del artículo 12 de la CISG que indica:

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la I. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías 5 oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Es con fundamento en el artículo 6 que las partes pueden, precisamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, fijar la moneda de pago que será utilizada en su relación jurídica.

También, en cuanto a la determinación de la moneda de pago debe observarse el artículo 9 de la CISG que establece:

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Del párrafo primero se deduce que las partes pueden fijar la moneda de pago tomando como criterio determinante los usos que hayan acordado respecto de su relación particular.

Por otra parte, del segundo párrafo del artículo 9 se deduce que la moneda de pago puede ser fijada de conformidad con los usos comerciales, que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contrataciones similares.

El verdadero problema surge cuando los criterios de los artículos 6 y 9 no funcionan para establecer la moneda de pago. En ese supuesto, debe recurrirse a la jurisprudencia para conocer los criterios de solución empleados.

En una de fecha 24 de enero de 1994, el *Kammergericht* de Berlín, recurrió al artículo 57 1) a) que indica: “El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor: a) en el establecimiento del vendedor”.

²² Véase John Felemegas, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and uniform interpretation*, Nottingham: University of Nottingham, 2000, 47. Disponible en <http://eprints.nottingham.ac.uk/11055/1/325698.pdf>. En efecto, se trata de un principio general que informa toda la convención.

Estas decisiones:

...tienden a basarse en los mismos principios generales en que se basa la Convención (párrafo 2 del artículo 7), y por tanto a definir la moneda de pago como la del lugar donde se encuentre la sede comercial del vendedor, pues éste es generalmente el lugar en que se cumple la obligación de pagar el precio (artículo 57) y el lugar en que se hace la entrega (apartado c) del artículo 31)²³.

El *Tribunal cantonal du Valais* en una decisión de 28 de enero de 2009, solucionó la indeterminación de la moneda de pago recurriendo a las normas de conflicto de derecho internacional privado con arreglo a la parte final del párrafo 2 del artículo 7 CISG.

El tribunal indicó que la CISG “no contiene ninguna regulación sobre la moneda legal y los medios de pago. A falta de disposiciones contractuales que especifiquen la moneda de pago, es la ley nacional designada por las normas de conflicto la que la determina”²⁴.

El contexto de las operaciones comerciales internacionales, impone nuevas dificultades, tales como los supuestos en que “la autoridad de control cambiario impida adquirir divisas, o girarlas al exterior”²⁵.

En esos casos, surge la cuestión de si el deudor podrá liberarse de la obligación pagando en la moneda de curso legal en el Estado en el que tiene su establecimiento, aunque se haya pactado el pago en una moneda diferente.

En ese caso, el tribunal competente deberá observar las normas del control de cambiario que son calificadas comúnmente como normas internacionalmente imperativas por la doctrina. Como apunta la profesora Claudia Madrid Martínez:

No obstante el frecuente silencio del legislador, con lo cual la determinación definitiva de estas normas estaría en manos del juez, la doctrina suele identificar este tipo de normas [internacionalmente imperativas] con prácticas restrictivas de competencia, protección al consumidor, importación y exportación de bienes, **control de cambio**, y algunas normas en materia de transporte, relaciones laborales y seguridad social, entre otras²⁶. (Resaltado añadido)

Como vimos, la CISG guarda silencio en cuanto a la determinación de la moneda de pago²⁷. Para colmar ese vacío, es posible recurrir a los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (Principios) de conformidad con el artículo 7.2 de la CISG que indica:

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella **se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención** o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. (Resaltado añadido)

²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 182.

²⁴ <http://www.unilex.info/cisg/case/1678>.

²⁵ Jorge Luis Riva, *Manual...*, 68.

²⁶ Siguiendo a Eugenio Hernández-Bretón, Mario Giuliano, Paul Lagarde y Michael Bogdan véase Claudia Madrid Martínez, «El rol de las normas imperativas en la contratación internacional contemporánea» en Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 146.

²⁷ Véase Carlos Esplugues Mota, *Compraventa internacional de mercaderías*, Valencia: IMPIVA, 1993, 62.

La compatibilidad de los Principios con la CISG será comentada más adelante. Por ahora, basta con indicar que cuando se trata de problemas de determinación de la moneda de pago, resultan útiles los artículos 6.1.9 y 6.1.10 de los Principios.

El artículo 6.1.9 de los Principios permite que, en los casos en que una obligación de dinero sea expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, el deudor pueda liberarse pagando en la moneda del lugar del pago.

Existen dos excepciones a lo anterior: (i) que la moneda del lugar del pago no sea libremente convertible o (ii) que las partes hayan pactado que el pago solo puede efectuarse en la moneda en que se ha expresado la obligación de dinero²⁸.

El párrafo segundo del artículo 6.1.9 permite que el acreedor exija el pago de la obligación en la moneda del lugar del pago, cuando sea imposible para el deudor pagar en la moneda en que la obligación ha sido expresada²⁹.

El párrafo tercero del artículo 6.1.9 establece que cuando el pago se haga en la moneda del lugar del pago, el tipo de cambio que debe considerarse es el predominante en ese lugar para el momento del pago.

El párrafo cuarto del artículo 6.1.9 indica que, cuando el deudor no pagó en el momento previsto, el acreedor puede exigir el pago basado en el tipo de cambio aplicable y predominante, “bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo”.

Por su parte, el artículo 6.1.10 resuelve el problema de los casos en que la moneda de pago no ha sido expresada en el contrato. La solución prevista “es que el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago”.

1.3 Fijación del precio

El artículo 55³⁰ de la CISG regula la determinación del precio y ha sido reportado como uno de los más complejos de la convención debido a su relación con el artículo 14³¹. El problema surge de la aparente antinomia que existe entre ambas disposiciones.

²⁸ Véase los dos literales del párrafo primero del artículo 6.1.9 de los Principios UNIDROIT.

²⁹ Esto es permitido aun cuando las partes hayan pactado que el pago solo puede efectuarse en la moneda en que se ha expresado la obligación de dinero.

³⁰ “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate”.

³¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 184. “Como muestran los *travaux préparatoires*, la interacción de los artículos 14 y 55 es una de las cuestiones más difíciles que plantea la Convención”.

El artículo 55 ofrece una solución a los casos en que las partes no han determinado el precio y tampoco un mecanismo para determinarlo en el futuro. Así, la norma funciona cuando el precio no ha sido determinado, pero tampoco es determinable³².

En esos casos, la indeterminación del precio se soluciona atendiendo el precio regularmente cobrado por mercaderías del mismo tipo. Esto se hace bajo un criterio temporal (momento de celebración del contrato), considerando las circunstancias particulares de la venta y el tráfico mercantil específico.

Ante la indeterminación del precio o de un medio que sirva para determinarlo, la CISG “crea una presunción de que, salvo indicación al contrario, las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías”³³.

El artículo 55 funciona como un mecanismo normativo de determinación tácita del precio, “proporcionando la norma una guía de interpretación de la voluntad de las partes, conforme a lo que implícitamente pudieron entender”³⁴.

El principio de autonomía de las partes es la máxima detrás del artículo 55. En un primer momento porque las partes, a través este principio, pueden pactar en contrario y desaplicar la solución explicada en el párrafo anterior.

El principio de autonomía de la voluntad también es fundamental en la relación de los artículos 55 y el 14. Para comprenderlo, debe observarse antes el contenido del artículo 14 que indica:

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. **Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.**

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. (Resaltado añadido)

La aparente antinomia³⁵ entre los artículos 14 y 55 deriva de la última parte del párrafo primero del artículo 14: “Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”.

³² Al respecto véase, Carlos Esplugues Mota, *Compraventa...*, 59.

³³ Jorge Luis Riva, *Manual...*, 66-67.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Carlos Esplugues Mota, *Compraventa...*, 60. Como señala el autor, “La cuestión de la aparente antinomia entre los artículos 14 y 55 de la convención tiene en la práctica menos trascendencia de la que parece desde un punto de vista teórico, en la medida en que, dada la trascendencia que tiene el precio en toda transacción económica, es altamente improbable que las partes inicien una relación contractual sin haber especificado, de forma directa o indirecta, el precio a pagar”.

El artículo 55 aplica para solucionar el problema de la indeterminación del precio. Mientras que el artículo 14 indica que las ofertas son válidas cuando se indica, entre otras cosas, el precio o un medio para determinarlos.

Lo primero que debe tomarse en consideración es que el artículo 55 se refiere a un contrato válidamente celebrado, mientras que el artículo 14 regula la oferta de contratación y la fijación del precio como elemento esencial de su validez.

Incluso han existido fallos en los que, al referirse a la validez de la oferta, no se ha considerado necesaria la determinación del precio o de un medio para fijarlo en el futuro.

El 5 de diciembre de 1992, el *Handelsgericht* del cantón de St. Gallen en Suiza, examinó si una propuesta realmente constituía una oferta. El tribunal indicó que una propuesta constituye oferta de conformidad con el artículo 14:

...cuando indica la intención del oferente de obligarse en caso de aceptación: en el caso que nos ocupa, **dicha intención debía deducirse de los términos "pedido", "pedimos" y "entrega inmediata" contenidos en el fax.** En cuanto al requisito de la definición de los términos, el Tribunal observó, sin más precisiones, que la oferta era válida aunque el fax no indicara el precio de la mercancía³⁶. (Resaltado añadido)

Hay otros casos que distinguen cuando las especificaciones del precio se consideran suficientemente precisas y cuando no.

En una controversia entre un comprador austriaco y un vendedor alemán, el Tribunal Supremo de Austria consideró que la estipulación contractual sobre determinada cantidad de pieles de chinchilla “a un precio que oscilaba entre 35 y 65 marcos alemanes cada una” era suficientemente precisa³⁷.

El razonamiento del tribunal le permitió concluir que se trataba de una determinación implícita del precio de las pieles. Bajo ese criterio el órgano jurisdiccional se pronunció indicando que:

...**la oferta estaba suficientemente definida, ya que las partes acordaron una horquilla de 35 a 65 marcos alemanes para las pieles de calidad media y buena, lo que permitía fijar el precio de cada piel en función de su calidad.** Como el precio estaba implícitamente determinado según el Art. 14 de la CISG, el Tribunal dejó abierta la cuestión de si, a falta de tal determinación, se puede hacer referencia al precio de mercado de las mercancías vendidas (art. 55 de la CISG)³⁸. (Resaltado añadido)

El resaltado parece indicar que, en ausencia de una determinación precisa del precio, el tribunal podría aplicar el artículo 55 CISG.

³⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/190>.

³⁷ <http://www.unilex.info/cisg/case/110>.

³⁸ <http://www.unilex.info/cisg/case/110>.

En sentido opuesto, la Corte Suprema de la República de Hungría, en la controversia entre un comprador estadounidense y un vendedor húngaro, estimó que no eran válidas las ofertas alternativas de componentes aeronáuticos en las que no se fijó el precio de algunos de ellos³⁹.

La decisión del tribunal húngaro, ejemplifica una clase de supuestos en los que no se ha cumplido el presupuesto de determinación del precio, requerido para que la oferta sea válida. En efecto, “como la oferta no especificaba el precio, no era lo suficientemente concreta como para que la mera aceptación por parte del comprador concluyera el contrato (art. 14(1) de la CISG)”⁴⁰.

Otra decisión en la que se consideró inválida la oferta por indeterminación del precio fue la del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de la Federación Rusa el 3 de marzo de 1995.

En esa ocasión, una empresa austriaca intentó una demanda por daños y perjuicios fundamentada en la negativa de una empresa ucraniana de entregar mercancías. Se discutía si realmente existió una oferta entre las partes, cosa que la empresa ucraniana negó. El tribunal señaló que:

...en virtud del Art. 14 de la CISG, una propuesta para celebrar un contrato debe ser suficientemente definida. Se consideraba como tal si indicaba las mercancías y fijaba o preveía expresa o implícitamente su cantidad y precio. Una comunicación por télex del demandado relativa a la entrega de las mercancías en un plazo determinado indicaba la naturaleza de las mercancías y su cantidad. Sin embargo, omitió indicar el precio de las mercancías o cualquier medio para determinar su precio. **La indicación en el télex de que el precio de las mercancías en cuestión se acordaría diez días antes del comienzo del nuevo año no podía interpretarse como una disposición para determinar el precio de las mercancías, sino que era simplemente una expresión de consentimiento para determinar el precio de las mercancías en una fecha futura por acuerdo entre las partes**⁴¹. (Resaltado añadido)

El tribunal también analizó el artículo 55 CISG, que —recordemos— establece que cuando no se ha fijado el precio, salvo pacto en contrario, se considera que las partes se refieren implícitamente al precio corriente del mercado para el momento de celebración del contrato. En este caso, pudo aplicarse la solución del artículo 55. Sin embargo, el tribunal consideró que “no era aplicable ya que las partes habían indicado implícitamente la necesidad de llegar a un acuerdo sobre el precio en el futuro”⁴². Aunque implícitamente, hubo pacto en contrario.

La *Cour de Cassation* de Francia decidió el 7 de febrero de 2012 una controversia una supuesta la oferta no era válida. Entre otros aspectos indeterminados en las negociaciones, la corte se refirió a la indeterminación del precio y:

...confirmó las conclusiones del Juzgado de Primera Instancia de que no se había celebrado ningún contrato de compraventa. En efecto, aunque las partes habían acordado que el precio de base de las peras en Argentina (9 euros) representaría la "base" para que la empresa francesa iniciara la comercialización del producto, **esto no significaba que se hubiera fijado un precio mínimo contractual**⁴³. (Resaltado añadido)

³⁹ <http://www.unilex.info/cisg/case/20>.

⁴⁰ <http://www.unilex.info/cisg/case/20>.

⁴¹ <http://www.unilex.info/cisg/case/213>.

⁴² <http://www.unilex.info/cisg/case/213>.

⁴³ <http://www.unilex.info/cisg/case/1673>.

Como se deduce de las decisiones comentadas, la mayoría de los tribunales suele oponerse a la aplicación del artículo 55. Sobre todo, en los casos en que la oferta carece de una determinación precisa del precio. Sin embargo, en la controversia entre un vendedor holandés y un comprador suizo, el *Bezirksgericht St. Gallen* decidió el 3 de julio de 1997, con fundamento en el artículo 55 CISG, determinar el precio de materiales textiles que las partes no habían fijado.

En efecto:

El tribunal observó que las partes no se pusieron de acuerdo sobre el precio del contrato. Sin embargo, como el comprador no se opuso al precio indicado en la factura rectificada en un plazo breve, el tribunal sostuvo que el precio de la factura rectificada debía interpretarse como el precio generalmente cobrado en circunstancias comparables en el comercio en cuestión, de acuerdo con el Art. 55 de la CISG⁴⁴.

El 29 de febrero de 2016, la *Cour d'appel Tribunal Cantonal Vaud* decidió aplicar el artículo 55 en una controversia entre una empresa italiana y un fabricante suizo sobre la fabricación y entrega de expositores de relojes en la que el precio se fijó expresamente:

...el Tribunal coincidió con el Tribunal de primera instancia en que el precio de las mercancías entregadas, aunque no fuera fijado expresamente por las partes, podía determinarse implícitamente teniendo en cuenta las negociaciones y las prácticas establecidas entre ellas (art. 8 de la CIM)⁴⁵.

En esa misma decisión, el tribunal reconoció la aparente antinomia de los artículos 55 y 14 CISG, indicando al referirse a éste último que:

Esta norma parece estar en contradicción con el art. 55 de la CISG. Sin embargo, esta contradicción es el resultado de un compromiso entre aquellos Estados para los que el precio es un elemento esencial de la venta y aquellos para los que no lo es. Por lo tanto, no debería tener un impacto práctico exagerado. En efecto, en las ventas internacionales, el precio es generalmente acordado por las partes; además, a falta de acuerdo, los usos establecidos entre las partes permitirán a menudo una fijación implícita del precio⁴⁶.

Finalmente, la *Cour d'appel Tribunal Cantonal Vaud*, invocó como precedente la decisión de la Corte Suprema de la República de Hungría del 25 de septiembre de 1992⁴⁷ y distinguió entre productos inacabados y productos manufacturados refiriéndose a la aplicación del artículo 55:

La aplicación de esta disposición no debería ser especialmente difícil cuando las mercancías son materias primas o productos semiacabados. La situación cambia cuando el contrato se refiere a productos manufacturados. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Hungría llegó a la conclusión de que el precio de los motores de aviación no podía determinarse en virtud del artículo 55 de la CIM porque no existía un precio de mercado para estos bienes⁴⁸.

⁴⁴ <http://www.unilex.info/cisg/case/306>.

⁴⁵ <http://www.unilex.info/cisg/case/2125>.

⁴⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/2125>.

⁴⁷ <http://www.unilex.info/cisg/case/20>.

⁴⁸ <http://www.unilex.info/cisg/case/2125>.

1.4 Fijación del precio en función del peso de las mercaderías

El artículo 56⁴⁹ —de escaso tratamiento jurisprudencial⁵⁰— contiene una norma interpretativa. En concreto, regula los casos en los que el precio esté vinculado al peso de las mercaderías y las partes no han especificado a qué clase de peso se refiere.

El artículo 56 contiene una presunción según la cual, cuando el tipo de peso que determina el precio no está previsto en el contrato, y tampoco se deduce de las prácticas comunes de las partes, se presume que el peso neto determinará el precio.

1.5 Lugar de pago del precio

El primer párrafo del artículo 57⁵¹ determina el lugar donde el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías cuando, en virtud del principio de autonomía de las partes, no se haya acordado un lugar específico para ello.

Las soluciones del artículo 57 son (i) pagar el precio de las mercaderías en el lugar del establecimiento del vendedor y (ii) cuando el pago sea contra entrega de mercaderías o documentos, el lugar de pago será el lugar de entrega de estos⁵².

En todos los casos en que las partes no hayan determinado el lugar del pago, si no se trata de pago contra mercaderías o documentos, será el establecimiento del vendedor.

El lugar del pago es útil para determinar la moneda de pago, medios de pago y jurisdicción del tribunal para resolver las posibles controversias entre las partes contratantes. La incidencia del lugar del pago en cuanto a jurisdicción es evidente en varios fallos.

Uno de ellos es el caso decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Múnich (*Oberlandesgericht München*) el 14 de julio de 2000, en una controversia entre una empresa francesa y una empresa alemana donde la jurisdicción era un punto controvertido.

La empresa alemana exigió el pago de artefactos de gimnasio y el pago de daños y perjuicios por incumplimiento. La empresa francesa negó la jurisdicción del tribunal. Para decidir, el tribunal aplicó el artículo 5 (1) del Convenio de Bruselas de 1968⁵³.

⁴⁹ “Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio”.

⁵⁰ Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 186.

⁵¹ 1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor: a) en el establecimiento del vendedor; o b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega. 2) El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato

⁵² Jorge Luis Riva, *Manual...*, 69. En el segundo supuesto, quedan incluidos los casos en que las partes acordaron como instrumentos de pago órdenes de pago documentarias, cartear de crédito documentario, cobranzas documentarias y modalidades *Cash On Delivery* y *Cash Against Documents*.

⁵³ Actualmente sustituido por el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o Reglamento de Bruselas I refundido, vigente desde 1 de enero de 2015.

El encabezado del artículo 5 del Convenio de Bruselas de 1968 indicaba que “Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio”⁵⁴.

En específico, establecía el párrafo primero del artículo 5 del Convenio de Bruselas que “en materia contractual, [se podrá recurrir] ante los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”⁵⁵.

La disposición citada indica que tendrán jurisdicción en materia de contratos, los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Si lo que se incumple es el deber de pagar el precio, tendrán jurisdicción los tribunales del lugar donde este debió efectuarse.

Como el lugar de pago no fue determinado, se recurrió a la CISG pues las partes indicaron que el derecho aplicable sería el alemán; siendo Alemania uno de los países que ratificó la CISG.

Bajo ese orden de ideas, el tribunal aplicó el artículo 57 para determinar el lugar de pago, pues las partes no habían fijado un lugar de pago específico. En virtud del literal a), el lugar del pago es el establecimiento del vendedor, es decir, Alemania.

La consecuencia de lo anterior fue que el *Oberlandesgericht München* “afirmó su competencia y consideró que el vendedor tenía derecho a recuperar el precio de compra y los intereses (art. 78 de la CISG)”⁵⁶.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 57 CISG determina la obligación del vendedor de soportar los gastos tras realizar un cambio de sede. En efecto, tal cambio sobrevenido luego de la celebración del contrato, puede afectar los gastos del comprador respecto del pago del precio.

Previendo esa situación, la CISG establece que el vendedor es quien debe soportar la carga económica que incrementa los gastos del pago tras haber efectuado un cambio de establecimiento luego de que se ha celebrado el contrato.

1.6 Momento de pago del precio a falta de estipulación contractual

El artículo 58⁵⁷ establece el momento en que el comprador debe realizar el pago si no existe ninguna disposición contractual, práctica o costumbre que le obligue a pagar en otro momento.

⁵⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=EL).

⁵⁵ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=EL).

⁵⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/253>.

⁵⁷ “1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos. 2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio. 3) El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad”.

En una decisión del 14 de julio de 2000, un tribunal mexicano ratificó que “según el Art. 58(1) de la CISG, cuando no hay una disposición expresa en el contrato, el pago del precio es exigible en el momento de la entrega de las mercancías”⁵⁸.

En efecto, se trata de una norma supletoria⁵⁹ que entra en funcionamiento cuando las partes no han establecido pacto en contrario.

Si se da el supuesto de hecho de esta norma, el momento del pago será cuando el vendedor ponga a disposición del comprador las mercaderías o documentos representativos, con arreglo a lo establecido en el contrato y la CISG.

La determinación del momento del pago permite conocer a partir de qué momento se empiezan a generar intereses a la luz del artículo 78⁶⁰.

Así lo demostró el *Landgericht Verden* en una decisión del 8 de febrero de 1993, relativa a la controversia entre un comprador alemán y un vendedor italiano vinculada con un contrato de venta de zapatos. En aquella oportunidad, el tribunal explicó que:

...se deben pagar intereses sobre el precio de compra a partir de la fecha de vencimiento del mismo (art. 78 de la CISG). La fecha de vencimiento del precio de compra se determina principalmente por el acuerdo de las partes contratantes (Art. 58 (1) CISG). Según los acuerdos celebrados entre los demandados y su vendedor, el cedente, el precio de compra debía pagarse 60 días después de la fecha de la factura⁶¹.

1.6.1 Principio de simultaneidad del pago

El primer párrafo del artículo 58 establece el principio de simultaneidad del pago, según el cual el comprador deberá pagar en el momento en que el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o documentos representativos.

El mismo párrafo indica que el vendedor podrá oponerse a la entrega estableciendo el pago como una condición⁶². Pero, si el vendedor decide no ejercer su derecho a establecer el pago como condición para la entrega, el momento del pago se mantiene.

⁵⁸ <http://www.unilex.info/cisg/case/514>.

⁵⁹ Luis Recasens Siches, *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, 218. <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/html/>. “La ley concede a las partes que intervienen en una relación jurídica autonomía para que ellas mismas determinen por su propia voluntad la norma que ha de regir la relación creada por el negocio en cuestión; y sólo para el caso de que las partes, al crear una determinada relación jurídica, no hiciesen uso de esas facultades que se las conceden, la ley determina entonces supletivamente las normas a que deberá acomodarse el desarrollo de la relación creada”.

⁶⁰ Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 190.

⁶¹ <http://www.unilex.info/cisg/case/87>.

⁶² Jorge Luis Riva, *Manual...*, 69. El autor cita en este sentido un ejemplo relativo a cobranzas documentarias bancarias “en que el vendedor en una compraventa al contado, habrá de embarcar la mercadería y entregar a un banco de su plaza la documentación representativa del contrato de transporte, junto con la factura, póliza y otros documentos comerciales, para que éste la remita a un banco de la plaza del comprador a los fines de gestionar el cobro, condicionando la entrega de esa documentación (que le permitirá al comprador disponer de los bienes) al efectivo pago del precio. En ese sentido, si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas

En cambio, si el vendedor decide establecer el pago como condición de entrega, el momento del pago varía pues el comprador deberá pagar antes de que el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los documentos representativos.

El principio de simultaneidad permite, salvo pacto en contrario, que el comprador se oponga al pago del precio hasta que el vendedor entregue las mercancías o sus documentos representativos⁶³.

Además de una estipulación contractual, los usos internacionales y prácticas de las partes también pueden determinar otro momento de pago con lo que no tendría aplicación el artículo 58 y se desactivaría el principio de simultaneidad⁶⁴.

Debe tenerse en cuenta la decisión del 18 de enero de 1996 del *Schweizerisches Bundesgericht*, relativa a la controversia entre un vendedor suizo y un comprador italiano relacionada con un contrato de venta e instalación de un dispositivo anticontaminante.

Allí, las partes descartaron el principio de simultaneidad al acordar el pago “del 30% del precio al hacer el pedido, otro 30% al empezar el montaje, otro 30% al terminar la instalación y el 10% final después de que la instalación empezara a funcionar satisfactoriamente”⁶⁵.

1.6.2 Casos de compraventas con contrato de transporte

El párrafo segundo del artículo 58 regula los casos en que las operaciones de compraventa suponen la celebración de un contrato conexo de transporte. Bajo ese supuesto el vendedor podrá expedir las mercaderías o sus documentos representativos, condicionando la entrega al pago del precio anticipado⁶⁶.

Sin embargo, esto solo será posible cuando una cláusula contractual así lo permita. En caso contrario “no se pide al comprador que pague el precio hasta el momento en que las mercaderías o los documentos representativos le sean entregados por el transportista”⁶⁷.

1.6.3 Derecho del comprador de examinar las mercaderías antes del pago

El derecho complementario del comprador de examinar las mercaderías antes de cumplir su obligación de pagar se deduce del párrafo tercero del artículo 58. Sin embargo, tal derecho puede excluirse mediante la autonomía de las partes contratantes. En efecto:

El derecho al examen previo puede excluirse por estipulación contractual o porque las modalidades de entrega o pago sean incompatibles con tal examen, como las cláusulas que estipulen “pago contra

estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio”.

⁶³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 190.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem. La decisión se encuentra disponible en <http://www.unilex.info/cisg/case/199>.

⁶⁶ Ibídem, 191.

⁶⁷ Ídem.

entrega de los documentos” o “pago contra presentación de la nota de entrega”⁶⁸.

En una decisión del 30 de junio de 1995 del *Gerichtskommission Oberrheintal*, sobre la controversia entre un comprador suizo y un vendedor austriaco vinculada a la entrega e instalación de cuatro puertas que debían utilizarse para la construcción de dos salones, se estableció que:

El comprador no está obligado a pagar mientras no haya tenido la oportunidad de inspeccionar las mercancías (art. 58, apartado 3, de la CISG). Esta reserva está relacionada con el hecho de que el comprador pierde sus derechos derivados de una prestación no conforme si no notifica la falta de conformidad dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la descubrió o debería haberla descubierto, especificando la naturaleza de la falta de conformidad (art. 39, apartado 1 de la CISG)⁶⁹.
(Resaltado añadido)

1.7 Dispensa de formalidades previas al pago del precio

El artículo 59⁷⁰ contempla la dispensa de formalidades por parte del vendedor para que el comprador pague el precio⁷¹. Guarda relación con el artículo 78 que regula los intereses moratorios, que comienzan a acumularse ante el retardo injustificado del pago por parte del comprador.

El comprador no podrá justificar su incumplimiento basándose en el argumento de que el vendedor no cumplió con una formalidad previa. El artículo 59 prescinde de todo formalismo, se trata de una disposición pragmática que persigue la fluidez en el comercio internacional.

El artículo 59 contiene un principio general⁷² con arreglo al párrafo segundo del artículo 7 de la CISG. Bajo esa norma del capítulo II sobre disposiciones generales, se ha querido señalar que el artículo 59 es aplicable también a:

...cualesquiera demandas monetarias que una de las partes en un contrato de compraventa pueda tener contra la otra, tales como la restitución del precio tras la rescisión del contrato, el pago de una indemnización o la devolución de las sumas gastadas para la conservación de las mercaderías⁷³.

Sin embargo, la posibilidad de aplicar el artículo 59 al relajamiento de formalidades respecto de la liquidación de otra clase de obligaciones monetarias no consta en las decisiones disponibles en el repositorio de Unilex.

⁶⁸ *Ibidem*, 190.

⁶⁹ <http://www.unilex.info/cisg/case/383>.

⁷⁰ “El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor”.

⁷¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 192.

⁷² *Ídem*.

⁷³ *Ídem*.

1.8 Obligación de recepción

El artículo 60⁷⁴ regula la segunda obligación fundamental de comprador, la recepción de las mercaderías. La obligación de recepción está compuesta por dos elementos contenidos en los dos literales del artículo 60. Cada uno de ellos requiere una explicación autónoma.

El literal a) establece el deber del comprador de cooperar con el vendedor a los fines de que se efectúe la entrega de las mercaderías. El alcance del deber de cooperación será determinado por las características particulares de la contratación.

La *U.S District Court for the Southern District of New York*, en el caso de la controversia entre *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp.* y *Barr Laboratories, Inc., et al*, de fecha 10 de mayo de 2002, se refirió en su decisión al deber de cooperación.

La controversia, cuyo principal objeto era la determinación de la validez de una oferta, también se relacionaba con el artículo 60 a). El tribunal rechazó el argumento del demandado sobre el incumplimiento del contrato por falta de aviso comercialmente razonable para su orden de compra.

De conformidad con el artículo 60 a), el tribunal declaró que “la falta de notificación comercialmente razonable por parte de la Demandante no da derecho a la Demandada a rescindir el contrato”⁷⁵.

También debe tenerse en cuenta la decisión de la Audiencia Provincial de Palencia del 26 de septiembre de 2005, relativa a una controversia surgida entre un comprador español y una empresa estadounidense, relacionada con la compraventa de una máquina de impresión.

El comprador recibió la máquina, pero esta no funcionó. Por ello, invocó la falta de conformidad y reclamó daños y perjuicios. El vendedor alegó que la falla del equipo se debía a la conducta del comprador, que no tomó las previsiones necesarias para su correcta utilización.

El vendedor sostuvo que el comprador incumplió la obligación de recepción, específicamente refiriéndose al literal a), al no proporcionar “unas instalaciones razonablemente adecuadas para la recepción de las mercancías”⁷⁶.

Las pruebas presentadas, entre las que se incluyen testimonios de expertos, demostraron que la máquina no era adecuada para el uso que pretendía darle el comprador. El tribunal declaró el incumplimiento de varias obligaciones del vendedor y con relación al artículo 60 rechazó:

...que se produzca un incumplimiento por parte de la entidad compradora de las obligaciones del artículo 60 de la Convención, cuando hace referencia a que debe proceder a la recepción de la maquinaria y a realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar de él para que la vendedora

⁷⁴ “La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) en hacerse cargo de las mercaderías”.

⁷⁵ <http://www.unilex.info/cisg/case/739>.

⁷⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/1109>.

pueda efectuar la entrega, puesto las posibles deficiencias existentes en la nave donde se instaló la maquinaria para nada dificultaron la puesta en funcionamiento de la misma ni provocaron o influyeron en los fallos habidos en ella⁷⁷.

Recientemente, el 20 de septiembre de 2021, la *U.S. District Court, Texas*, en una controversia relativa al suministro de pilares de acero, entre un fabricante chino y un distribuidor estadounidense, formuló una breve consideración del artículo 60.

A grandes rasgos, el tribunal norteamericano consideró que el comprador, al negarse a aceptar la entrega de las mercaderías, renunció a su derecho de invocar la falta de conformidad con las mercaderías:

...ya que no estaba en condiciones de aportar pruebas en el juicio de que las mercancías eran defectuosas y de que la falta de conformidad ya existía antes de que se le hubiera transmitido el riesgo de pérdida o daño⁷⁸.

Por otra parte, el literal b) del artículo 60 establece el deber del comprador de hacerse cargo de las mercaderías. Ello implica hacerse cargo de ellas en el lugar donde el vendedor debe entregarlas, debiendo considerar las características particulares de la operación y del contrato:

Por ejemplo, si la obligación de entregar consiste en poner las mercaderías a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor (apartado c) del artículo 31), el comprador debe retirar las mercaderías o hacer que un tercero escogido por él las retire⁷⁹.

1.8.1 El derecho del comprador a rechazar las mercaderías

Surge también la problemática de los casos en que el comprador tiene derecho a rechazar las mercaderías. Este asunto no se encuentra regulado en el artículo 60. Por ello, debe recurrirse a otros artículos de la convención que constituyen excepciones a la obligación de recepción.

El artículo 52 establece dos supuestos en que el comprador puede rechazar las mercaderías, cuando el vendedor: (i) entrega antes de la fecha fijada o (ii) entrega cantidades mayores a las previstas en el contrato. En el último supuesto, el comprador podrá rechazar el excedente⁸⁰.

El comprador también tendrá derecho a rechazar las mercaderías cuando exista incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor⁸¹. Esa clase de incumplimiento genera

⁷⁷ <http://www.unilex.info/cisg/case/1109>.

⁷⁸ <http://www.unilex.info/cisg/case/2298>.

⁷⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 194.

⁸⁰ Aunque, sigue el artículo 52 (2), "Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato".

⁸¹ El incumplimiento esencial del contrato es definido en las disposiciones generales de la CISG, en específico, el artículo 25 indica: "El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

dos derechos para el comprador: (i) resolver el contrato⁸² y (ii) exigir la entrega de mercancías sustitutorias⁸³.

Otro caso en el que el comprador puede rechazar las mercaderías es cuando el vendedor no realiza la entrega en el plazo suplementario establecido con arreglo al artículo 47⁸⁴. Ante este supuesto, el comprador podrá declarar resuelto el contrato y rechazar las mercaderías⁸⁵.

Existe una decisión alemana del *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* del 18 de enero de 1994, en la que tribunal consideró que el comprador tiene la obligación de recibir las mercaderías cuando el incumplimiento contractual no es esencial. En efecto:

...con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se espera que el comprador acepte también en mayor medida las mercancías no conformes con el contrato y que haga uso de otros recursos (reducción del precio de compra, daños y perjuicios) debido a la falta de cumplimiento. Puede faltar un incumplimiento sustancial del contrato, por ejemplo, si el comprador puede finalmente utilizar las mercancías que no están en perfecto estado... Un examen en este sentido también es obvio si la falta de conformidad con el contrato consiste únicamente en la falta de conformidad con una muestra o un espécimen presentado en el momento de la compra (Art. 35 párrafo 2 c CISG). De ello se desprende que el comprador debe facilitar periódicamente información precisa sobre los defectos y el carácter no razonable del uso posterior, ya que, de lo contrario, no puede examinarse si existe un incumplimiento sustancial del contrato que dé derecho a su rescisión⁸⁶.

El derecho del comprador de rechazar las mercaderías le obliga a tomar medidas de conservación razonables “e incluso puede estar obligado a tomar posesión de ellas para ello, pero tendrá derecho al resarcimiento de los gastos en que incurra”⁸⁷ *ex* artículo 86 CISG.

2. Medios de pago

El pago de una obligación implica el cumplimiento de la prestación debida que constituye el objeto de la obligación. Cumplir con la prestación, independientemente de la obligación que sea, es a lo que denominamos pago, la forma de extinción de las obligaciones por antonomasia.

⁸² Esta posibilidad jurídica está contemplada en el artículo 41.1 a) de la convención que indica que el comprador podrá declarar resuelto el contrato: “si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”.

⁸³ El comprador podrá exigir la entrega de mercancías sustitutorias al vendedor con arreglo al artículo 46.2 que establece: “Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”. Al respecto véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 194.

⁸⁴ De conformidad con el artículo 47.1: “El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban”.

⁸⁵ El artículo 49.1 b) establece que el comprador podrá declarar resuelto el contrato: “en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado”.

⁸⁶ <http://www.unilex.info/cisg/case/40>.

⁸⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Compendio...*, 194.

La prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. En el caso de las obligaciones de dar, la prestación puede ser la transmisión de la propiedad sobre de una suma de dinero, cuando esto ocurre estamos ante una obligación de dinero definida como:

...aquella donde el deudor desde el momento en que contrae la obligación, se obliga a pagar a su acreedor una determinada suma de dinero. Por ejemplo, el precio, la obligación del patrono de pagar un salario, o la del arrendatario de pagar el canon⁸⁸.

Debe aclararse que las obligaciones de dinero no son equivalentes a un *dare* en sentido estricto. Más bien, se trata de la “transferencia de una abstracta potencialidad patrimonial medida en términos numéricos nominales”⁸⁹, a la que subyace el principio *par conditio creditorum*.

Cuando la obligación del deudor está representada en una cantidad de dinero determinada “el deudor cumple bien su obligación entregando precisamente esa cantidad de dinero prometida”⁹⁰. Así, el dinero funciona como medio de pago de la obligación, pero no es el único.

La pluralidad de medios de pago obedece al creciente uso comercial que, a su vez, conduce a la aceptación de “otras formas de pago convencionalmente desarrolladas como alternativas como el caso de los cheques de gerencia, las transferencias bancarias, las tarjetas de crédito”⁹¹. De manera que “la ejecución de la obligación pecuniaria con instrumentos diferentes del papel moneda es realizada, precisamente, a través de la implementación de otros medios de pago que, generalmente, requieren la celebración de nuevos contratos para su funcionamiento”⁹².

El auge de los medios de pago distintos al dinero “pone de relieve la descosificación de la moneda”⁹³, lo que a juicio de calificada doctrina constituye una:

... suplantación del viejo concepto de riqueza, vinculado básicamente a los bienes inmuebles y muebles, por un nuevo concepto menos anclado a las cosas del mundo real y que tiende cada vez más a identificar la riqueza con la potencialidad monetaria que se encarna de un universo de derechos de crédito... respecto de los cuales los inmuebles o muebles apenas representan una instancia remota... en el proceso de responsabilidad patrimonial⁹⁴.

La numerosa cantidad de instrumentos que pueden ser empleados dificulta la definición de los medios de pago. Siguiendo a Madrid Martínez, “es ciertamente complicado establecer un concepto de medios de pago que pueda abarcar la heterogeneidad de instrumentos que pueden

⁸⁸ James Otis Rodner, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, 113.

⁸⁹ José Melich Orsini, *Doctrina general del contrato*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, 589.

⁹⁰ James Otis Rodner, *El dinero...*, 113.

⁹¹ José Melich Orsini, *Doctrina...*, 605.

⁹² Claudia Madrid Martínez, «El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el Derecho Internacional Privado» en V Jornadas Anfbal Dominici. Derecho mercantil. Títulos valores. Contratos Mercantiles. Homenaje Dr. José Muci Abraham, coord. por José Getulio Salaverría Lander y Salvador Yannuzzi (Caracas: Universidad Monteávila – Universidad Católica Andrés Bello – Asociación Venezolana de Derecho Privado – Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, 2014), 241

⁹³ José Melich Orsini, *Doctrina...*, 605.

⁹⁴ *Ibidem*, 606.

desempeñar tal función, cada uno con características particulares, lo cual dificulta su unificación conceptual⁹⁵.

De allí la diversidad terminológica que existe entorno a los medios de pago, también conocidos como instrumentos o técnicas de pago. Ello obliga a tomar una definición que sirva de marco a lo que trataremos adelante. Para ello partiremos de la idea de que:

Cuando se hace referencia a los medios de pago, generalmente se les define por oposición al dinero en efectivo. De manera que medio de pago sería el sustituto del dinero en efectivo que se utiliza para el cumplimiento de una obligación pecuniaria⁹⁶.

Esta definición se caracteriza por enfatizar la función sustitutiva de los medios de pago. De allí que también sea relevante determinar que se entiende por dinero. En ese sentido:

...hemos de entender el dinero como ese valor que satisface el derecho de crédito y los medios o instrumentos de pago —noción sinónimas— como los documentos o dispositivos a través de los cuales se expresa y transmite ese valor⁹⁷.

Los medios de pago, deben ser analizados teniendo en cuenta sus beneficios. Ciertamente, la lógica subyacente a la existencia de los medios de pago obedece a que estos “representan institutos tendientes a dar mayor seguridad a las transacciones internacionales de compraventa”⁹⁸.

En efecto, uno de los asuntos más importantes para los comerciantes que operan en el tráfico comercial internacional tiene que ver con los medios para concretar el pago y cobro de las diversas operaciones que realizan cotidianamente⁹⁹.

Al seleccionar los medios de pago, los compradores y vendedores analizan varios factores para elegir el mecanismo adecuado. Se consideran elementos como confianza y solvencia de los contratantes, la seguridad en el cobro y la agilidad y costes que implique el medio de pago elegido¹⁰⁰.

Es lógico pensar que, al existir una pluralidad de medios de pago, también existen distintos criterios según los cuales pueden agruparse. Una primera clasificación es la de medio de pago tradicionales y medios de pago no tradicionales, categoría que incluye los medios electrónicos de pago.

⁹⁵ Claudia Madrid Martínez, «El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el Derecho Internacional Privado», 241.

⁹⁶ Claudia Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, 37.

⁹⁷ *Ibidem*, 40.

⁹⁸ Jorge Luis Riva, *Manual...*, 69. Además —como indica Riva— los medios de pago pueden tener importante incidencia respecto de la existencia del contrato desde que “pueden constituir una condición del contrato, y su inobservancia, en cuanto esencial, dar lugar a su resolución”.

⁹⁹ Cfr. Gabriel Mihali y Rosario Espinosa Calabuig, «Medios de cobro y pago internacionales», en *Derecho del comercio internacional*, coord. Por Carlos Esplugues Mota y Daniel Hargain (Madrid: Editorial Reus, 2005), 525.

¹⁰⁰ *Ídem*. Los autores indican que entre los medios más frecuentes de pago en el comercio internacional se encuentran los cheques, las órdenes de pago, las remesas (cobranzas) y los créditos documentarios. Todos ellos plantean problemas de derecho material, lo que ha dado lugar a una rica discusión doctrinal, siendo objeto de respuestas diversas según los sistemas estatales”.

Otra forma de clasificación de los medios de pago es atendiendo a si implican la intermediación de una institución financiera o si se pueden ejecutar inmediatamente entre los comerciantes.

A los efectos de los comentarios que formularemos a continuación, conviene aclarar que se refieren a los medios de pago en el contexto del comercio internacional. Es precisamente lo que nos interesa desde el punto de vista de la CISG. El alcance de la CISG, de conformidad con el párrafo primero artículo 1, se restringe “a los contratos de compraventa de mercaderías entre parte que tengan sus establecimientos en Estados diferentes”. El carácter internacional de estos contratos resulta evidente.

El sector dominante de la doctrina comparte el criterio de que la existencia un contrato internacional implica la aparición de un pago internacional¹⁰¹. Tal como indica Desantes Real, siguiendo a Bonet Correa que:

...se puede concluir con la doctrina dominante que una “obligación monetaria internacional” es aquella que se adeuda en una o varias plazas extranjeras y es pagadera, además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de divisas o el pago de moneda extranjera¹⁰².

Los avances tecnológicos y, en particular, las tecnologías de la información y comunicación, evolucionan los medios de pago tradicionales. Por ejemplo, la tarjeta de crédito, instrumento frecuentemente utilizado en el comercio electrónico, ha evolucionado considerablemente desde su concepción inicial hasta nuestros días.

Cuando los medios de pago están vinculados con transacciones internacionales, se habla de medios de pago internacionales, definidos como “un instrumento cifrado en una moneda convertible, que es aceptado por el vendedor como suficiente para satisfacer la deuda del comprador”¹⁰³.

En las decisiones disponibles relativas a la CISG, se observa la utilización de diversos medios de pago. Las partes contratantes los eligen según se adapten a sus requerimientos particulares.

Así, según sea la operación comercial internacional de la que se trate, será conveniente recurrir a uno u otro de estos mecanismos. Algunos de ellos son (i) crédito documentario, (ii) remesas; y (iii) tarjetas de crédito.

¹⁰¹ Manuel Desantes Real, *Las obligaciones contractuales internacionales en moneda extranjera*, Madrid: La Ley, 1994, 43. Como señala el autor: “La distinción entre «pagos internos» y «pagos internacionales» responde históricamente, en efecto, a una asentada doctrina de la *Cour de Cassation* francesa formulada por el Fiscal General Matter en 1927, según la cual son «pagos internacionales» aquellos que implican un doble movimiento de importación y exportación —«flujo y «reflujo»— de mercancías o de valores a través de las fronteras”.

¹⁰² Ídem. Siguiendo a José Bonet Correa, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.

¹⁰³ Claudia Matute Morales, «Marco jurídico de la compraventa internacional de mercancías», *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, 24 (2001): 10. Disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-4.pdf>.

2.1 La ausencia de regulación de los medios de pago en la CISG

El 28 de enero de 2009, el *Tribunal cantonal du Valais* afirmó que la CISG “no contiene ninguna regulación sobre la moneda legal y los medios de pago”¹⁰⁴. Esto genera dudas respecto del régimen jurídico aplicable a los medios de pago en la convención.

Para colmar el vacío deben tomarse en cuenta los principios generales en materia de contratación internacional. Solo de esa manera podría fijarse un criterio que permita determinar la validez de los medios de pago en las operaciones comerciales transfronterizas.

Resulta conveniente acudir a los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (Principios) para hallar una solución al asunto. Ante todo, debe recordarse que los Principios pueden cumplir varias funciones.

La utilidad y éxito de los Principios son un reflejo de las funciones que cumplen y que se encuentran reconocidas en su propio contenido, así como en los comentarios de calificada doctrina¹⁰⁵. Los Principios con sus distintas funciones, a saber, normativa; sustitutiva; complementaria; interpretativa; de reemplazo y de orientación, son reconocidos como un valioso instrumento jurídico. En este caso, conviene referirnos especialmente a las funciones complementaria e interpretativa.

La función complementaria los Principios permite “complementar los instrumentos de origen estatal e internacional, aunque las partes no hayan hecho referencia expresa a ellos”¹⁰⁶. La función interpretativa permite “aclarar el alcance de los instrumentos internacionales y del derecho estatal a la luz de los Principios”¹⁰⁷.

La CISG es un tratado internacional creado antes de que se publicara la primera edición de los Principios en 1994. Por eso ha existido cierta resistencia en la doctrina cuando se trata de utilizar los Principios para interpretar la CISG o colmar sus lagunas. Con todo, las funciones interpretativa y complementaria de los Principios respecto de la CISG han sido reconocidas por la CNUDMI en la Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa:

Cuando se comparan los Principios Unidroit con la CIM [CISG] y con la Convención sobre la Prescripción, pueden distinguirse tres tipos de disposiciones: a) las que tratan de las mismas cuestiones; b) las que regulan la misma materia, pero con diferente grado de detalle, y c) las que se refieren a cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la CIM y de la Convención sobre la Prescripción. **Es especialmente en relación con los tipos de disposiciones segundo y tercero que puede cobrar importancia la función de los Principios UNIDROIT como medio de interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme**¹⁰⁸. (Resaltado añadido)

¹⁰⁴ <http://www.unilex.info/cisg/case/1678>.

¹⁰⁵ Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, «Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Comentarios», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 143 (2005): 296-301.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 299.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 300.

¹⁰⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa*,

Compartimos el criterio de la profesora Tatiana De Maekelt quien —siguiendo a los autores alemanes Jürgen Basedow y Klaus Peter Berger— sostiene que es posible que los Principios sirvan de complemento a la CISG pues ellos reflejan principios generales sobre contratación comercial internacional¹⁰⁹. Debe tenerse presente el artículo 7 de la CISG que indica:

- 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Los principios generales en que se basa la CISG se deducen de su propio contenido, ya nos hemos referido a algunos de ellos. Pero también pueden estar reconocidos en otros instrumentos internacionales, como los Principios UNIDROIT.

Al respecto se ha dicho que:

En los casos de lagunas el juez o el árbitro podrían preguntarse si los Principios de UNIDROIT forman parte de esos principios generales en que se basa la Convención. Y a esa pregunta le llevará tanto el título de los Principios como el apartado 5° del Preámbulo, que parecen sugerir una respuesta positiva¹¹⁰.

La doctrina dominante admite recurrir a los Principios como medio para interpretar y complementar la CISG cuando existe una laguna en la CISG y las disposiciones pertinentes de los Principios constituyen máximas subyacentes de la CISG que no coliden con la norma en cuestión¹¹¹.

Este razonamiento permitiría acudir a los Principios UNIDROIT para determinar la validez de los medios de pago. Ciertamente, de los Principios se deduce que “la elección de las partes parece estar limitada a los medios de pago admitidos por el Derecho del lugar del pago”¹¹².

En ese sentido, el artículo 6.1.7 indica:

- (1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.
- (2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago,

Viena: Naciones Unidas, 2021, 100. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf.

¹⁰⁹ Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, «Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Comentarios», 300.

¹¹⁰ María del Pilar Perales Viscasillas, «Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su mutua interacción», en Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT (México: Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad Panamericana, 1998), 197.

¹¹¹ Cfr. John Felemegas, *The United...*, 173-174.

¹¹² Claudia Madrid Martínez, «El derecho de los contratos frente a la tecnología», en V Jornadas Aníbal Dominici. La importancia del derecho civil hoy. En memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, coord. por José Getulio Salaverría Lander (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello – Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, 2022), 128.

ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida. (Resaltado añadido)

El párrafo primero adelanta una posible solución a la ausencia de regulación de los medios de pago en la CISG al admitir que se efectúe de cualquier forma que sea empleada ordinariamente en el lugar donde se realiza el pago¹¹³. Los comentarios del artículo 6.1.7 indican que, en lo atinente al pago de obligaciones de dinero, “el deudor suele recurrir a un cheque o a otros instrumentos de pago, o a una transferencia de fondos entre instituciones financieras”¹¹⁴.

El artículo 6.1.7 emplea una redacción precisa, sin detallar exhaustivamente los medios de pago. Así, se anticipa la acelerada evolución tecnológica a la que están sujetos los medios de pago. Una regulación específica y minuciosa podría ocasionar la inmediata pérdida de vigencia de la norma¹¹⁵.

Según Calderón y Castro, la interacción de los Principios con la CISG se divide en dos vertientes principales:

1- Determinar un Derecho aplicable a las contrataciones internacionales que esté acorde con diversos ordenamientos jurídicos y que por tanto le permita una aplicación efectiva dentro de los mismos para un desarrollo pleno de la actividad económica, 2- Determinar los procedimientos a seguir por las partes en caso de que no se tenga un derecho aplicable en caso de conflictos internacionales, permitiendo la certeza jurídica para las partes y una claridad en el momento de la toma de decisiones por parte de los árbitros¹¹⁶.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) correspondiente al 45º período de sesiones, celebradas del 25 de junio al 6 de julio de 2012.

En el capítulo XII del referido informe, titulado Posible labor futura de la CNUDMI en materia de derecho contractual internacional —debate producto de una propuesta de Suiza—, se reconoce la importancia de los Principios respecto de la CISG.

En esa oportunidad se indicó que la CISG “había tenido una gran influencia en la unificación del derecho de los contratos de compraventa de mercaderías”. Sin embargo, muchos aspectos relacionados con ese tipo de contratos todavía quedaban regulados por el derecho interno¹¹⁷. Se

¹¹³ La CISG regula el lugar de pago en los casos en que las partes no lo han establecido. En efecto, el artículo 37 indica: 1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor: a) en el establecimiento del vendedor; o b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega. 2) El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

¹¹⁴ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma: Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2018, 211 y ss. Disponible en <https://unidroit.aedstudio.net/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

¹¹⁵ Ídem. Disponible en <https://unidroit.aedstudio.net/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

¹¹⁶ Eduardo Calderón Marengo y Déborah Castro Marcenaro, «Los Principios UNIDROIT 2016 como derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías», *Revista Lex Mercatoria*, 10 (2019): 43

¹¹⁷ El principal problema de esto, según el informe, es que “se creaba un obstáculo para el comercio internacional, al multiplicar los regímenes jurídicos potencialmente aplicables y los costos conexos de las operaciones”. Además, “la necesidad de obtener material de consulta sobre las leyes extranjeras en diferentes idiomas, o asesoramiento

propuso tomar una decisión sobre las futuras labores de armonización del derecho de contratos. Se sugirió entonces que la Secretaría podría organizar coloquios y luego informar acerca de la viabilidad y conveniencia de posibles trabajos futuros. Durante esa sesión:

Se hizo hincapié en que en esas actividades exploratorias no solamente debían tenerse en cuenta, sino también debían aprovecharse, los instrumentos existentes, entre ellos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁴¹. También se indicó que esa labor podía resultar útil para complementar las actividades en curso de modernización del derecho de los contratos en los planos regional y nacional¹¹⁸.

2.2 Medios de pago en particular

2.2.1 Crédito documentario

El crédito documentario es un medio de pago frecuentemente utilizado en las transacciones comerciales transfronterizas, especialmente entre las partes de una compraventa¹¹⁹. La naturaleza jurídica del crédito documentario es la de un contrato de comisión y ha sido definido por la jurisprudencia como:

... un convenio en virtud del cual el banco emisor, obrando por solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar a otro banco para que efectúe tal pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos, y cumpliendo rigurosamente los términos y las condiciones del crédito¹²⁰.

Los créditos documentarios son, en esencia, “una promesa de pago contra la presentación de ciertos documentos pre-establecidos”¹²¹. Su utilidad recae en la posibilidad que ofrecen de:

... efectuar pagos a distancia, estando el *solvens* y el *accipiens* situados en distintas localidades, a través de la intervención de bancos en los lugares en que tales personas se encuentran, mediante cuya participación se produce el flujo monetario que conlleva el pago¹²².

Uno de los elementos que llevan a los contratantes a utilizar los créditos documentarios como medio de pago, es la seguridad que ofrecen a las partes ubicadas en distintas partes del mundo en sus transacciones comerciales. En efecto, el crédito documentario:

... es el medio de pago más utilizado ya que facilita los pagos internacionales y proporciona seguridad, tanto al exportador vendedor como al importador comprador. El vendedor se asegura el pago si puede

especializado de un régimen jurídico extranjero, entrañaba más problemas y gastos. Se añadió que esos gastos eran especialmente onerosos para las pequeñas y medianas empresas”.

¹¹⁸ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 45º período de sesiones (25 de junio a 6 de julio de 2012)*, Nueva York: Naciones Unidas, 2012. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/551/57/PDF/V1255157.pdf?OpenElement>.

¹¹⁹ *Ibidem*, 556.

¹²⁰ Tribunal Supremo de España, Sala Primera de lo Civil, Sentencia N° 390/1996 con ponencia del Dr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, de fecha 17 de mayo de 1996. Disponible en <https://vlex.es/vid/comtrato-compra-10-298-6-27-8-30-17743372>.

¹²¹ Marcela Pizarro Amigo y Claudio Barroilhet Acevedo, «Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios UCP 600», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30 (2008): 156.

¹²² *Ídem*.

demostrar que ha embarcado la mercancía estipulada en el contrato; y el comprador se asegura que el banco no pagará a menos que el vendedor cumpla los requisitos que él ha establecido¹²³.

La seguridad de los medios de pago, sobre todo cuando son electrónicos, deriva de aspectos técnicos como el conocimiento de la identidad de las partes, la protección de datos y la integridad de las operaciones¹²⁴.

Jurídicamente, la seguridad se refiere a la existencia de normas claras respecto de los medios de pago¹²⁵. Desde esa perspectiva, las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios (UCP 600¹²⁶) publicadas por la ICC son un instrumento valioso que contiene normas:

...sistematizadas y publicadas en 1933 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y rápidamente adoptadas por el sistema bancario. Posteriormente, fueron revisadas en 1951, 1961 (UCP N° 222), 1974 (UCP N° 290), en 1975, 1983, 1984 (UCP N° 400) y en 1993 (UCP N° 500). Las UCP 600 fueron aprobadas por la Comisión Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios 157 Bancaria de la CCI el 25 de octubre de 2006, y han entrado en vigencia desde el 1 de julio de 2007¹²⁷.

Las UCP 600 establece “reglas internacionales que regulan el nacimiento, cobro y extinción de los créditos documentarios”¹²⁸. Están compuestas de 39 artículos, producto de los notables esfuerzos de unificación de la ICC y adoptadas “por los países cuya asociación de bancos los reconocen”¹²⁹.

La naturaleza jurídica de las UCP 600 difiere de las convenciones internacionales y de las leyes internas de los Estados. Su fuerza vinculante se activa cuando las partes incluyen una referencia expresa a las reglas en sus créditos documentarios. En efecto su artículo 1 indica:

Las Reglas y usos uniformes para créditos documentarios, revisión 2007, publicación n° 600 de la CCI (“UCP”), son de aplicación a cualquier crédito documentario (“crédito”) (incluyendo en la medida en que les sean aplicables las cartas de crédito contingente) cuando el texto del crédito indique expresamente que está sujeto a estas reglas. Obligan a todas las partes salvo en lo que el crédito modifique o excluya de forma expresa.

De manera que, con arreglo al artículo 1, el fundamento que conduce a la aplicación de la UCP 600 es la autonomía de las partes que, a través de sendas manifestaciones de voluntad, han incorporado una referencia a las UCP 600 en sus créditos documentarios.

El principio de autonomía es de suprema importancia en el contexto de las UCP 600. El propio texto de las reglas define el principio autonomía en dos sentidos:

- Positivamente, en virtud del artículo 4, que establece que la carta de crédito, por naturaleza es a

¹²³ Claudia Matute Morales, «Marco jurídico de la compraventa internacional de mercancías», 10-11.

¹²⁴ Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 96-97.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ UCP: ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.

¹²⁷ Marcela Pizarro Amigo y Claudio Barroilhet Acevedo, «Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios UCP 600», 156-157.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Ídem.

independiente transacción del contrato subyacente; y

- Negativamente, en virtud del artículo 5, que establece que los bancos tratan con documentos y no con los bienes, servicios y prestaciones a los que los documentos pueden referirse¹³⁰.

Otro principio fundamental de los créditos documentarios es el principio de cumplimiento estricto, previsto en el artículo 5 de las UCP 600 que establece: “Los bancos tratan con documentos y no con las mercancías, servicios o prestaciones con las que los documentos puedan estar relacionados”.

El principio de cumplimiento estricto implica “que el banco, una vez que haya revisado minuciosamente los documentos requeridos, y, se haya cerciorado de que estos cumplen con los requisitos establecidos en el crédito, debe proceder al pago, independientemente del estado de las mercaderías”¹³¹.

En atención a la evolución de las tecnologías de la información y comunicación, la ICC creó las eUCP¹³², un suplemento de las UCP 600 para la presentación de documentos en forma electrónica de los documentos tradicionales en papel.

En Venezuela existe una decisión relevante en cuanto a la aplicación de las UCP 500¹³³ en la que la Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2014, determinó que el juez de la recurrida:

Debió determinar que CORP BANCA había aceptado la cobranza documentaria, tal como se desprende de la recta aplicación del artículo 13, b. de las REGLAS Y USOS UNIFORMES PARA CREDITOS DOCUMENTARIOS CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO. REVISIÓN (sic) 1.993 (sic). PUBLICACIÓN 500. Aprobadas en Abril (sic) de 1.993. (sic) Vigentes (sic) a partir del 1 de Enero (sic) de 1994. Versión aprobada por el CONSEJO BANCARIO NACIONAL en Asamblea (sic) del día 2 de Noviembre (sic) de 1995¹³⁴.

De esa manera, la Sala de Casación Civil aplicó las UCP 500 para resolver un recurso de casación en materia de créditos documentarios, reconociendo el valor de sus reglas en el derecho venezolano.

2.2.2 Tarjeta de crédito

Las tarjetas de crédito funcionan como medios de pago, en la actualidad son comúnmente digitales pudiendo tener forma física laminada. Se trata del medio de movilización de un contrato de crédito, que permite al tarjetahabiente disponer de un monto específico¹³⁵.

¹³⁰ M. Hakan Tüfekçi y Canan Ünal, «International payment methods», *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16 (2010): 341. Disponible en <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/317/1514>.

¹³¹ Claudia Madrid Martínez, «Medios de pago internacionales», en *Derecho del comercio internacional colombiano*, ed. por. Carlos Espluges Mota y Claudia Madrid Martínez (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2022), 401

¹³² Su última versión es la 2.0. que entró en vigor el 1 de julio de 2019.

¹³³ Versión inmediatamente anterior de las actuales UCP 600.

¹³⁴ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 0738 de fecha 2 de diciembre de 2014. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>.

¹³⁵ Cfr. Paúl Valeri Albornoz, *Curso...*, 342.

La disposición de una suma de dinero por parte del tarjetahabiente, genera la obligación de pagar a la cuenta “los cargos efectuados por distintos conceptos, los intereses y los costos por uso de la tarjeta como medio de pago”¹³⁶. En efecto:

La tarjeta de crédito genera derecho y obligaciones entre el tarjeta-habiente y el banco y éste y el agente autorizado. Es el medio de disposición de un contrato de crédito como el cheque lo es de los fondos de un contrato de cuenta corriente¹³⁷.

En Venezuela la regulación las tarjetas de crédito, está contenida en la Ley de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico. El artículo 1 de la ley, define su objeto y ámbito de aplicación en los siguientes términos:

La presente Ley tiene por objeto regular, todos los aspectos vinculados con el sistema y operadores, de tarjetas de crédito, débito, prepagadas; y demás tarjetas, de financiamiento o pago electrónico, así como su financiamiento y las relaciones entre el emisor, el o la tarjetahabiente y los negocios afiliados al sistema, con el fin de garantizar el respeto y protección de los derechos de los usuarios y las usuarias de dichos instrumentos de pago, obligando al emisor de tales instrumentos a otorgar información adecuada y no engañosa a los y las tarjetahabientes; asimismo a resolver las controversias que se puedan presentar por su uso, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley¹³⁸.

Dentro de su ámbito de aplicación, la Ley de Tarjetas regula lo relativo a tarjetas de financiamiento o pago electrónico, de manera que “establece normas para regular la relación entre el emisor de la tarjeta –prestador de servicios de pago– y el tarjetahabiente –titular”¹³⁹. La Ley de Tarjetas fue producto de una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2007, en la que se ordenó regular la materia sobre la base de la debilidad jurídica de los usuarios. En ese sentido la sala apuntó:

Estas regulaciones específicas, tomando en cuenta la situación del deudor y la pretensión de los accionantes, deben versar sobre el sistema de intereses que deban pagar los tarjetahabientes al emisor así como las condiciones de los contratos de emisión de tarjeta, en cuanto a las cláusulas que perjudiquen a los tarjetahabientes ante cargos indebidos o falsificación de las mismas, así como a una regulación de la propaganda sobre ellas y de cualquier mecanismo psicológico que cause adicción o compulsión para su uso, ya que con ello se preserve la calidad de vida de los usuarios, se impiden prácticas usurarias y abusos de derecho¹⁴⁰.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Gaceta Oficial N° 39.021 del 22 de septiembre de 2008. Disponible en <http://anauco.net/wp-content/uploads/2016/10/Ley-de-Tarjetas-de-Cr%C3%A9dito-VIGENTE.pdf>.

¹³⁹ Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 266 y 78. “El adjetivo «electrónico» al lado de la expresión «medio de pago» sugiere la necesaria intervención de canales electrónicos en la dinámica del pago y, aunque tradicionalmente estos canales están vinculados a una red abierta como internet, tal como afirmamos supra, lo electrónico también incluye a otras redes telemáticas como EDI –electronic data interchange, una red cerrada en la que se produce un intercambio electrónico de datos, órdenes de compra y órdenes de venta, basado en relaciones de confianza entre partes que se vinculan de forma duradera y que se regulan por un acuerdo de intercambio”.

¹⁴⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1419, de fecha 10 de julio de 2007. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/1419-100707-04-0204.htm>. Para ampliar la información respecto de las implicaciones de la decisión y, en general, sobre la Ley de Tarjetas, véase Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 266-270.

2.2.3 Transferencia bancaria

La transferencia bancaria es un medio de pago que implica la intermediación de una institución financiera para que el comprador pueda cumplir con su obligación de pagar el precio. Su naturaleza jurídica es la de un contrato de transferencia de fondos¹⁴¹. Consiste en que el cuentadante deudor:

...ordena al banco emisor transferir fondos de su cuenta a la cuenta de su acreedor que éste tiene en el banco receptor, mediante el pago de una comisión, la cual es la causa del contrato para el emisor. O la transferencia ordenada por el deudor al banco emisor, como mandatario, para que el banco receptor efectúe el pago al acreedor, mediante el pago de una comisión¹⁴².

De forma que, la transferencia bancaria implica la intervención de dos entidades financieras, una entidad emisora y una receptora o pagadora. Ambas actúan como intermediarios entre el comprador y el vendedor¹⁴³. Existen varias modalidades de transferencia bancaria, entre ellas destaca la orden de pago simple en la que “el comprador ordena a su banco que efectúe el pago (directamente o a través de otro banco pagador) al beneficiario, contra su identificación y firma de un recibo”¹⁴⁴.

La orden de pago documentaria es menos frecuente, se trata de “una modalidad de transferencia en la cual el importador da instrucciones a su banco para que éste efectúe el pago al beneficiario, contra la identificación de este último y la presentación de los oportunos documentos”. Entre aquellos documentos destacan la factura comercial y los documentos de transporte. La poca frecuencia con la que se recurre a la orden de pago documentaria obedece a la inseguridad que genera “ya que la orden puede ser anulada en cualquier momento antes de ser cumplimentada”¹⁴⁵.

2.2.4 Remesa

Las remesas son otro medio de pago utilizado en las operaciones comerciales transfronterizas que consisten “en una orden dada por el vendedor (ordenante) a su banco (remitente), con el objeto de cobrar del comprador (librado) la cantidad estipulada, contra entrega de una serie de documentos comerciales y financieros”¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cfr. Paúl Valeri Albornoz, *Curso de Derecho Comercial Internacional*, Caracas-Bogotá: Ediciones Liber, 2009, 341.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Gabriel Mihali y Rosario Espinosa Calabuig, «Medios de cobro y pago internacionales», 541.

¹⁴⁴ Ídem, 542. Las órdenes de pago simple se clasifican a su vez en directas e indirectas. Las órdenes de pago son directas “cuando el agente intermediario es la misma entidad emisora, pero se encuentra en un país distinto”. En cambio, serán indirectas “si el banco emisor recurre a otra entidad financiera (llamado banco corresponsal) para que efectúe el pago”. La orden de pago puede realizarse de varias maneras como correo, télex o swift, “en la práctica éste último medio se presenta como el más utilizado”.

¹⁴⁵ Ídem, 543.

¹⁴⁶ Ídem, 550.

Los documentos comerciales suelen estar vinculados con el transporte de las mercancías¹⁴⁷, seguros y documentos informativos¹⁴⁸. Mientras que los documentos financieros, suelen ser letras de cambio, cheques o pagarés¹⁴⁹.

Las remesas o cobranzas pueden ser clasificadas varios tipos según sus características particulares. En efecto, se alude a remesas directas, remesas indirectas, remesas simples y remesas documentarias o contra entrega de documentos.

2.2.5 Medios de pago electrónicos

Los nuevos avances relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas a la dinámica de pagos permiten hablar actualmente de medios electrónicos de pago¹⁵⁰. Ciertamente:

...tal idea suele vincularse a internet, pues es indudable que a partir de su masificación en la década de los noventa, se abrió un enorme abanico de posibilidades para el comercio y, por supuesto, para el pago¹⁵¹.

Como la lógica lo sugiere, son varias las definiciones que se han formulado respecto de los medios de pago electrónicos. En la doctrina venezolana, Rodner ha sostenido que:

En un sentido estricto, el pago electrónico es el cumplimiento de una obligación de dinero mediante una instrucción para la transferencia de un crédito (denominado en dinero) a la cuenta de banco del acreedor, pero donde la instrucción no es escrita (como en el cheque) sino electrónica¹⁵².

Sin embargo, es posible complementar esa definición, extendiendo su alcance más allá del momento inicial del pago¹⁵³ para abarcar también el momento de realización y ejecución. En ese sentido indica Madrid Martínez, siguiendo a varios autores, que el medio electrónico de pago o *e-payment* puede ser definido como “la transferencia de un valor electrónico de pago de un pagador a un beneficiario a través de un mecanismo de pago electrónico”¹⁵⁴.

Los medios de pago electrónicos están referidos a nuevos medios de pago, distintos de los tradicionales. Además, suponen la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a los medios de pago tradicionales, contribuyendo con su adaptación a la realidad actual. En efecto:

¹⁴⁷ Carta de porte del transporte por carretera, conocimiento de embarque marítimo o aéreo, el talón de ferrocarril. Véase Gabriel Mihali y Rosario Espinosa Calabuig, «Medios de cobro y pago internacionales», 551.

¹⁴⁸ Algunos ejemplos son las facturas, los certificados de origen, de peso, de sanidad, de inspección. Véase Gabriel Mihali y Rosario Espinosa Calabuig, «Medios de cobro y pago internacionales», 551.

¹⁴⁹ Cfr. Gabriel Mihali y Rosario Espinosa Calabuig, «Medios de cobro y pago internacionales», 551.

¹⁵⁰ Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 95.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² James Otis Rodner, *El dinero...*, 169-170.

¹⁵³ Lo que en la definición de Rodner se identifica con la instrucción que, en este tipo de pagos, es electrónica y no escrita.

¹⁵⁴ Véase Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 81-82. Con relación a este particular, Madrid Martínez sigue a los autores Changsu Kim, Wang Tao, Namchul Shin and Ki-Soo Kim, en su trabajo «An empirical study of customers' perceptions of security and trust in e-payment systems», *Electronic Commerce Research and Applications*, N° 9 (2010): 84 y ss. Igualmente sigue a Kimmo Soramäki y Benjamin Hanssens, «E- payments: What are they and what makes them different?», *ePayments Systems Observatory*, N.º 1 (2003).

...un pago electrónico puede implicar el uso de medios tradicionales en red –como ha ocurrido con las tarjetas en todas sus modalidades–; la digitalización de esos medios tradicionales –como ha ocurrido con el cheque o incluso con el crédito documentario–; o la consideración de medios de pago nacidos por y para internet –caso del dinero electrónico¹⁵⁵.

El dinero electrónico, como medio de pago electrónico por excelencia, es un valor expresado en bits que cumple la función de satisfacer el derecho del acreedor¹⁵⁶ y, al mismo tiempo, sirve al deudor para cumplir con su obligación pecuniaria. Ahora bien, el dinero electrónico debe entenderse como “unidades digitales de valor, emitidas por entidades autorizadas para realizar tal actividad, que pueden ser almacenadas en diversos dispositivos o incluso en un software”¹⁵⁷.

Lo anterior debe unirse a la naturaleza fiduciaria del dinero que “permite a los sistemas de pago cumplir con su principal objetivo: realizar eficientemente la transferencia de fondos que los agentes económicos requieren para pagar por los bienes, servicios y activos financieros que demandan”¹⁵⁸.

La nueva dinámica del comercio internacional se fundamenta en nuevos conceptos, que traen consigo beneficios y retos que deberán ser identificados para la evolución sostenible de las nacientes tecnologías. El acelerado avance de la tecnología supone también la evolución de importantes categorías jurídicas tales como la *lex mercatoria*, cuyas nuevas expresiones se agrupan bajo nombres como *lex cryptographia* y principios del derecho tecnológico.

Todo lo anterior es producto de la inevitable interacción entre tecnología y derecho, hoy un profundamente especializada que requerirá de los abogados, el dominio de conocimientos técnicos que escapan de las tradicionales áreas del conocimiento jurídico.

CONCLUSIÓN

La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías es un instrumento unificador de avanzada. La armonización de las soluciones contribuye con la profundización del derecho internacional atendiendo a sus características particulares. La experiencia comparada así lo demuestra.

¹⁵⁵ Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 79. Véase también Claudia Madrid Martínez, «El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el Derecho Internacional Privado», 290. Como indica la autora: “La intensificación del comercio internacional ha traído consigo, además del desarrollo de los medios de pago tradicionales, el establecimiento de otros nuevos, dirigido a brindar seguridad y agilidad, a la vez que extinguen las correspondientes obligatorias. Estos medios han evolucionado para satisfacer las demandas del comercio internacional y han transformado la manera de cumplir las obligaciones pecuniarias, fraccionando el acto de pago en diferentes pasos, lo cual da lugar, en algunas situaciones, al nacimiento de nuevas obligaciones, que pueden estar localizadas en diferentes Estados”.

¹⁵⁶ Claudia Madrid Martínez, *Medios...*, 106.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Javier Galán Figueroa y Francisco Venegas Martínez, «Impacto de los medios electrónicos de pago sobre la demanda de dinero», *Investigación Económica*, 295 (2016): 94. Disponible en <https://www.scielo.org.mx/pdf/ineco/v75n295/0185-1667-ineco-75-295-00093.pdf>.

La CISG contribuye con la consolidación de un derecho uniforme a nivel global e incrementa su eficacia, permitiendo a los actores del comercio internacional experimentar mayores estándares de seguridad jurídica al realizar sus operaciones.

Al mismo tiempo la CISG ataca la problemática de la diversidad legislativa evitando la necesidad de recurrir a las normas de conflicto para determinar el derecho aplicable al contrato internacional de compraventa de mercaderías, salvo contadas excepciones incluidas en la propia convención.

En cuanto a las obligaciones del comprador, en su mayoría han sido tratadas por abundante jurisprudencia de los tribunales arbitrales y judiciales. Así, la CISG es percibida como un instrumento que garantiza un elevado nivel de predictibilidad en las decisiones en que se aplica.

Los medios de pago, sobre los cuales realizamos breves consideraciones, son uno de los temas que requieren mayor seguimiento por su constante evolución. Las tecnologías de la información y comunicación influyen cada día más en el derecho, creando nuevas categorías jurídicas y mejorando las preexistentes.

La CISG se enriquece mediante su interacción con normas de derecho anacional afines tales como los Principios UNIDROIT. La doctrina y los tribunales examinan con frecuencia esta interrelación, una labor necesaria para colmar lagunas e interpretar correctamente las normas de la CISG que lo requieran.

La CISG no sólo contribuye con la consolidación del derecho comercial internacional. También influye en el derecho interno de los Estados, tal como afirma Audit:

La Convención de Viena, aunque en primer lugar separa la venta internacional de la venta interna, inversamente puede tener influencia sobre la venta comercial interna. Su influencia posible no se restringe a este ámbito, puesto que trata de la formación del contrato por disposiciones que no son exclusivas para la compraventa y que los códigos también son mudos respecto de esta cuestión. Al reglamentar en detalle en numerosas cuestiones sobre las cuales las fuentes internas son escasas, la convención se ha esforzado por tomar de los diferentes sistemas lo mejor que podían ofrecer¹⁵⁹.

Entre nosotros el profesor Eugenio Hernández-Bretón apunta en sentido similar que:

Con la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1980 se abre un nuevo capítulo en la evolución del Derecho uniforme mundial. Representa un paso adelante en la consolidación de un sistema objetivamente justo, aunque no exento de críticas. Sus soluciones, no obstante, han de servir de guía para la elaboración de proyectos de reforma legislativa, ya sean éstos a nivel internacional o puramente nacional¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Bernard Audit, *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Zavala, 1994, 233.

¹⁶⁰ Eugenio Hernández-Bretón, «Usos no pactados del Código de Comercio Alemán (HGB) a la Convención del Comercio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980)», 181. El autor cita a Rolf Herber, *-Wiener UNCITRAL- Übereinkommen über internationale Waren kaufverträge vom 11. April 1980*, 2^o Edición, Bfai: Köln, 1983, 362.

Según las declaraciones del Presidente de la Asociación Venezolana de Exportadores las cifras preliminares del primer trimestre de 2022 reflejan un incremento de exportaciones que supera el 40% respecto de 2021. Esta ha sido la tendencia durante los últimos años¹⁶¹.

Como indica Escovar Alvarado “la gran mayoría de los bienes que entran en el comercio internacional se transan a través de contratos de compraventa internacional de mercaderías”¹⁶². De manera que el crecimiento de exportaciones aumenta el número de operaciones objeto de la CISG.

El 22 de marzo de 2022 durante el evento de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil sobre la CISG, Luca Castellani, *Legal Officer* de CNUDMI, manifestó su alegría por la “oportunidad de empezar un diálogo con los juristas y la comunidad del derecho mercantil venezolano”¹⁶³.

Ese diálogo es necesario para promover la comprensión de la CISG como un valioso instrumento jurídico en Venezuela. En definitiva, ratificar la CISG sería un gran avance entre nosotros y constituiría una clara optimización del ordenamiento jurídico venezolano en materia de contratación comercial internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDIT, Bernard, *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Zavala, 1994.
- BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana, «Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Comentarios», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 143, (2005): 291-306.
- BONET CORREA, José, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.
- CALDERÓN MARENCO, Eduardo y CASTRO MARCENARO, Déborah, «Los Principios UNIDROIT 2016 como derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías», *Revista Lex Mercatoria*, 10 (2019): 12-46.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York: Naciones Unidas, 2010. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/second_edition_spanish.pdf.

¹⁶¹ Canal de YouTube de VPItv. «AVEX: Exportaciones crecieron en Venezuela durante 2022». Acceso el 25 de agosto de 2022. https://www.youtube.com/watch?v=OKJhDfIsWog&ab_channel=VPItv.

¹⁶² Canal de YouTube de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías». Acceso el 25 de agosto de 2022. <https://youtu.be/7zr2lpoZ248>

¹⁶³ Ídem.

- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa*, Viena: Naciones Unidas, 2021. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf.
- DESANTES REAL, Manuel, *Las obligaciones contractuales internacionales en moneda extranjera*, Madrid: La Ley, 1994.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Compraventa internacional de mercaderías*, Valencia: IMPIVA, 1993.
- FELEMEGAS, John, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and uniform interpretation*, Nottingham: University of Nottingham, 2000. Disponible en <http://eprints.nottingham.ac.uk/11055/1/325698.pdf>.
- GABRIEL, Henry, «The buyer's performance under the CISG: Articles 53-60 trends in the decisions», *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, Issue 1 (2005): 273-283. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/gabriel.pdf>.
- GALÁN FIGUEROA, Javier y VENEGAS MARTÍNEZ, Francisco, «Impacto de los medios electrónicos de pago sobre la demanda de dinero», *Investigación Económica*, 295 (2016): 93-124.
- HAKAN TÜFEKÇİ, M. y ÜNAL, Canan, «International payment methods», *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16 (2010): 327-351. Disponible en <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/317/1514>.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, «Usos no pactados del Código de Comercio Alemán (HGB) a la Convención del Comercio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980)», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 127 (1993): 135-181.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma: Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2018. <https://unidroit.aedstudio.net/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, «El derecho de los contratos frente a la tecnología», en V Jornadas Aníbal Dominici. La importancia del derecho civil hoy. En memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, coord. por José Getulio Salaverría Lander, 101-130. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello – Asociación Civil Juan Manuel Cajjal, 2022.

- _____, «Medios de pago internacionales», en *Derecho del comercio internacional colombiano*, ed. por. Carlos Espluges Mota y Claudia Madrid Martínez, 385-407. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2022.
- _____, «El rol de las normas imperativas en la contratación internacional contemporánea» en Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, 129-162. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Editorial Jurídica Venezolana, 2019.
- _____, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018.
- _____, «El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el Derecho Internacional Privado» en V Jornadas Aníbal Dominici. Derecho mercantil. Títulos valores. Contratos Mercantiles. Homenaje Dr. José Muci Abraham, coord. por José Getulio Salaverría Lander y Salvador Yannuzzi, 239-291. Caracas: Universidad Monteávila – Universidad Católica Andrés Bello – Asociación Venezolana de Derecho Privado – Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, 2014.
- MATUTE MORALES, Claudia «Marco jurídico de la compraventa internacional de mercancías», *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, 24 (2001): s/n. Disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-4.pdf>.
- MELICH ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.
- MIHALI, Gabriel y ESPINOSA CALABUIG, Rosario, «Medios de cobro y pago internacionales», en *Derecho del comercio internacional*, coord. Por Carlos Espluges Mota y Daniel Hargain, 525-566. Madrid: Editorial Reus, 2005.
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, «Legislación uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho*, 35 (1986): 9-90.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su mutua interacción», en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, 187-208. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad Panamericana, 1998.
- PIZARRO AMIGO, Marcela y BARROILHET ACEVEDO, Claudio, «Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios UCP 600», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30 (2008): 155-181.
- RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.
- RIVA, Jorge Luis, *Manual de derecho del comercio exterior*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

RODNER, James Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

VALERI ALBORNOZ, Paúl, *Curso de Derecho Comercial Internacional*, Caracas-Bogotá: Ediciones Liber, 2009.

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (06) de octubre de 2020

TEMÁTICA DE LA REVISTA

La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, invita a participar a profesionales en distintas áreas del saber dedicados al estudio y desarrollo del Derecho Mercantil y disciplinas relacionadas con las manifestaciones de la empresa.

Las convocatorias a colaborar en sus números estarán enfocadas en temas que aborden asuntos relacionados con la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil, así como otras áreas del saber jurídico que a juicio del Comité Editorial guarden estrecha relación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aún cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Comité Editorial.
- **Fuente:** Times New Roman.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Subtítulos 13.
 - Cuerpo de texto del artículo 12.
 - Citas largas: 10.
 - Pie de página: 8.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.

- **Márgenes:** Superior: 4 cm, inferior: 3 cm, izquierda: 3 cm, derecho: 3 cm.
- **Sangría:** En Sangría > Especial, seleccione Sangría de primera línea y luego escriba: 1 cm.
- **Espaciado:** En Espaciado, seleccione 0 como valor para Anterior y Posterior y, en Interlineado, seleccione Sencillo.
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte (texto justificado) con sangría izquierda 1 cm y derecho 1 cm y con interlineado 1.0. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 8 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo Chicago “sistema de notas y bibliografía” se debe de mantener a lo largo de todo el texto. ([Descarga el manual haciendo clic aquí](#)).
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
- **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración: Vaya a la pestaña Archivo y haga clic en Opciones, en Avanzadas, busque tamaño y calidad de la imagen, marque la opción No comprimir las imágenes del archivo. Adicional debe enviar como archivo adjunto las imágenes utilizadas en su formato y tamaño original.
- **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.

- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.
- **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras claves:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano
- **Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en inglés de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en inglés.

Segunda página incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (solo en castellano).
- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.

De seguida:

- **Introducción,**
- **Desarrollo del artículo,**
- **Conclusiones y**
- **Bibliografía:** listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).

Los títulos de: sumario, Introducción, conclusión y bibliografía, debe estar en mayúsculas y negritas, tamaño de letra 12.

- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en la temática de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil de SOVEDEM, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a SOVEDEM, de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, el o los autores autorizan a SOVEDEM para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:
 - Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de SOVEDEM o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que SOVEDEM decida

unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.

- La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a SOVEDEM, de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.
- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a SOVEDEM.
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de SOVEDEM, tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como a su Código de Ética.
- SOVEDEM, no está en obligación de publicar en su revista ningún trabajo recibido.
- SOVEDEM no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de SOVEDEM.
- **Selección previa de los artículos:** al recibir cada uno de los manuscritos el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, realizará una selección de

los artículos que se ajusten a la temática y que hayan sido presentado conforme a las normas de forma, sin prejuzgar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.

- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.
- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

La Revista Venezolana de Derecho Mercantil es una publicación de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela, de carácter científica, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, especializada en el área del derecho mercantil, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua de la Revista.

La Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en esta obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

 www.sovedem.com

 [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)

 [@sovedem_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)