

# Sobre la elección del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales del Convenio de Roma (1980) a la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (1998)

Víctor Gregorio GARRIDO RAMOS\*  
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 551-590.

## SUMARIO

**Introducción** **1. Elección voluntaria del Derecho aplicable** *1.1. Principio fundamental* *1.2. Libertad de electio juris* *1.3. Formas de la elección: expresa o tácita* *1.4. Fraccionamiento o depeçage voluntario del contrato* *1.5. Momento de la elección. Cambio del Derecho aplicable* *1.6. Conclusiones*

**2. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria** *2.1. Premisas* *2.2. Principio fundamental* *2.3. Sobre la noción de prestación característica* *2.4. La prestación característica en el Convenio de Roma* *2.5. El principio de proximidad en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado* *2.6. Inclusión de los «principios del Derecho Comercial Internacional» en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* *2.7. El fraccionamiento o depeçage judicial* *2.8. Conclusiones*

**3. La lex mercatoria como fuente normativa de Derecho Internacional Privado** *3.1. Los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos*

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado; Ingeniero; Postgrado de Administración; Profesor de Derecho Internacional Privado y de Economía Política.

*Internacionales y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado 3.2. La autonomía conflictual mercatoria 3.3. Sentencias venezolanas 3.4. Conclusiones*

## Introducción

Es motivo de complacencia participar en el homenaje escrito que se rinde en vida al jurista y profesor James Otis RODNER S. Buena parte de su obra científica<sup>1</sup>, además de diversas publicaciones periódicas, han sido utilizadas de manera muy importante en la conformación de mi Tesis de Grado<sup>2</sup> y como material de apoyo en las asignaturas «Derecho Internacional Privado» y «Economía Política» que imparto en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

El alcance de este trabajo se limita a la exposición de algunas consideraciones en materia de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales o convencionales con elemento extranjero –materia propia del Derecho patrimonial<sup>3</sup> en el tráfico jurídico externo– tomando como referencia la normativa que ha estado vigente desde el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales<sup>4</sup> (en adelante: Convenio de Roma) hasta la contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado

<sup>1</sup> RODNER S., James-Otis: *El crédito documentario (la carta de crédito comercial y la carta de crédito de garantía)*. Editorial Sucre. Caracas, 1989; *El dinero, la inflación y las deudas de valor*. Editorial Arte. Caracas, 1995; *Elementos de Finanzas Internacionales*. Editorial Arte. Caracas, 1997.

<sup>2</sup> GARRIDO RAMOS, Víctor Gregorio: *El leasing financiero mobiliario internacional*. UCV. Trabajo de Grado presentado para optar al Título de *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. Caracas, 2005.

<sup>3</sup> Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1987, p. 39, «El Derecho patrimonial puede ser considerado como “aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre”. El Derecho patrimonial estudia la atribución a la persona de los bienes económicos y las diversas transacciones que son realizadas entre las personas en relación con dichos bienes».

<sup>4</sup> Abierta a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, *vid. DOCE*, del 09-10-80 L.266/1.

de 1998<sup>5</sup>; sin dejar de lado, por imposible, la importancia que ha representado –en el lapso 1980-1998 y hasta el presente– la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>6</sup>. Cabe tomar muy en cuenta que el Convenio de Roma de 1980 fue sustituido por el Reglamento sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 2008<sup>7</sup> (en adelante: Reglamento Roma I). Por lo tanto, a tenor del artículo 24(2) del Reglamento Roma I, «En la medida en que el presente Reglamento sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento». En este sentido, el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I se limita a «las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (artículo 1). Por su parte, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales «determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales» (artículo 1), a efectos de promover la uniformidad legislativa en esta materia mediante la armonización de soluciones en el marco del comercio internacional entre los Estados americanos. En Venezuela, las normas sobre Derecho aplicable a las obligaciones convencionales con elemento extranjero contenidas en la Ley de Derecho Internacional Privado receptan «... las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela en 1995...»<sup>8</sup>, dando cabida a la amplia aplicación de la *lex mercatoria*, «con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad del caso concreto» (artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado). Aunque las normas que son objeto de este estudio provienen de diversos «ámbitos de producción jurídica del

<sup>5</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 511, del 06-08-98.

<sup>6</sup> Suscrita en México (CIDIP-v, 1994); ratificada por Venezuela según *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4974 extraordinario, del 22-09-95.

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*: Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de junio de 2008 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I).

<sup>8</sup> Vid. Exposición de motivos en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*. 6.ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tatiana B. DE MAEKELT, coord. Caracas, 2013, pp. 53-67, especialmente p. 62.

Derecho Internacional Privado»<sup>9</sup>, todas ellas apuntan hacia la uniformidad legislativa en el sector de «conflicto de leyes» en materia de obligaciones contractuales con elemento extranjero.

La *raison de être* de este escrito encuentra motivación en otro anterior sobre el mismo tema<sup>10</sup> y en la presencia de la novísima «Guía sobre Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas», del 8 de agosto de 2019 generada en el seno del Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>11</sup> (en adelante: La Guía).

El contenido de este trabajo se estructura en tres epígrafes. El primero: versa sobre la elección voluntaria del Derecho aplicable; el segundo: sobre la determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria. Finalmente; el siguiente epígrafe versa sobre la *lex mercatoria* como fuente normativa del Derecho Internacional Privado. Cada uno de estos títulos finaliza con comentarios a modo de conclusiones sobre la materia allí tratada. Estamos conscientes de que este trabajo no llega a considerar otros aspectos

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José C. y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3.<sup>a</sup>, Civitas. Madrid, 1997, p. 113, «Siguiendo el esquema propuesto por el profesor español J. D. GONZÁLEZ CAMPOS» las normas del Convenio de Roma nacen en virtud de actos del Consejo de Comunidades Europeas, en el marco de un proceso de integración económica –normas de Derecho Internacional Privado institucional–. Por su parte, las normas de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se originan en virtud de acuerdos entre los Estados miembros de la OEA en el seno de la CIDIP-v celebrada en México 1994 –normas de Derecho Internacional Privado convencional–. Por su parte, las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado –normas de Derecho Internacional Privado autónomo– se generan en el ámbito del Estado venezolano con el objetivo primordial, entre otros, de «... adaptar las soluciones internas a los avances consagrados en la codificación convencional (...) y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas entre los particulares» (Exposición de motivos en: ob. cit., pp. 56 y 57).

<sup>10</sup> GARRIDO RAMOS, Víctor Gregorio: «Sobre Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Del Convenio de Roma (1980) a la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (1998)», en Seminario sobre Derecho Patrimonial dictado por el profesor Miguel A. AMORES CONRRADI, Caracas, 2006.

<sup>11</sup> OEA / Ser. Q, CJI / doc.577 / 19 rev.1 corr. 2 del 08-08-19.

de importancia relativos al Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, que se han quedado en el tintero por razones de limitación espacial necesaria en esta obra colectiva. Queda la inquietud.

## 1. Elección voluntaria del Derecho aplicable

### 1.1. Principio fundamental

«En el Derecho contractual, el principio director del mismo, es el llamado de la “autonomía de la voluntad”, entendiéndose por tal que es la voluntad de las partes la que en principio crea, reglamenta y determina los efectos y consecuencias de los contratos»<sup>12</sup>. En igual sentido, el Institut de Droit International, mediante resolución producida en el seno de su sesión de Basilea de 31 de agosto de 1991 –enfaticando la importancia primordial que tiene el Derecho Internacional Privado para el desarrollo del comercio y de las relaciones entre las personas privadas en el plano internacional– ha considerado que la autonomía de la voluntad de las partes es uno de sus principios. Dicha resolución ha reconocido que tal principio está consagrado también como libertad individual por la mayoría de los textos convencionales y por diversas resoluciones de las Naciones Unidas<sup>13</sup>.

La autonomía de la voluntad supone el ejercicio de una actividad humana: querer; por lo que se puede explicar su institución como *premier principe*<sup>14</sup>,

<sup>12</sup> LÓPEZ HERRERA, Francisco: «El contrato en el Derecho Internacional Privado». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 1. UCV. Caracas, 1954, pp. 87-100, especialmente p. 87.

<sup>13</sup> Institut de Droit International: «*L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées (Session des Bâle, 26 août-3 septembre 1991; 7<sup>e</sup> Comisión, 31 août 1991)*». En: *Revue Critique de Droit International Privé*. T. 80. París, 1992, pp. 198-199, especialmente p. 198.

<sup>14</sup> DOLINGER, Jacob: «*Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*». En: *Recueil des Cours*. T. 283. Académie de Droit International. La Haya, 2000, pp. 187-503, especialmente pp. 208-209. El autor pretende establecer una diferenciación entre *fundamental principles* y *first principles*, haciendo referencia a un pasaje de los *Pensées* de Blaise PASCAL: «*we know the truth, not only by the reason, but also by the hart and it is in this last way that we know first principles; and reason which has no part in it, tries in vain to impugn them...*».

cuyo desarrollo en el campo del Derecho contractual encuentra una expresión inmediata en el denominado «principio de libertad contractual», que encierra una concepción distinta a la de libertad de contratar, libertad de estipular o no estipular; el cual se enlaza idealmente con el reconocimiento de la propiedad privada como institución jurídica, constituyendo así la piedra angular de la disciplina general del contrato<sup>15</sup>.

En materia de contratación internacional, la doctrina hace referencia al principio de libertad contractual mediante dos instituciones distintas que, no obstante generar su aplicación consecuencias distintas, están íntimamente relacionadas: i. la autonomía conflictual o autonomía partes<sup>16</sup> y, ii. la autonomía material o autonomía de la voluntad<sup>17</sup>. La primera constituye «el más viejo y, es considerado quizá, el principio de Derecho Internacional Privado más ampliamente aceptado de todos los tiempos»<sup>18</sup>. En general, hace referencia al poder que tienen las partes contratantes en virtud de una norma de conflicto, para elegir voluntariamente el Derecho material rector del contrato (la *lex contractus*), con el efecto de sustituir aquel Derecho que sería aplicable en ausencia de elección voluntaria por las partes<sup>19</sup> (*the proper law*

<sup>15</sup> MESSINEO, Francesco: *Doctrina general del contrato*. T. I. EJEA. Buenos Aires, 1986, pp. 15-19.

<sup>16</sup> En la doctrina venezolana, HERNÁNDEZ- BRETÓN, Eugenio: «Contratación internacional y autonomía de las partes: anotaciones comparativas». En: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*. N.º 12. Caracas, 1995, pp. 15-94, especialmente p. 30, sugiere la utilización del término «autonomía de las partes» (*partieautonomie*) para hacer referencia a esta institución del Derecho Internacional Privado. En la doctrina extranjera, BOGGIANO, Antonio: «*International Standard contracts*». En: *Recueil des Cours*. T. 170. Académie de Droit International. La Haya, 1981, pp. 9-113, especialmente pp. 49-50, acoge la expresión «autonomía conflictual» (*kollisionrechtliche partieautonomie*).

<sup>17</sup> En la doctrina española, CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: «La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado». En: *Anuario de Derecho Civil*. N.º 4. Madrid, 1976, pp. 1003-1020, especialmente pp. 1004 y 1005, utiliza, contrariamente, la expresión «autonomía de la voluntad» como «específica del Derecho Internacional Privado, como poder de elección de la ley aplicable».

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit., pp. 29-31.

<sup>19</sup> STRUYKEN, Antón Víctor Marie: «*La contribution de L'Académie au développement de la science et de la pratique du droit international privé. Conférences*

*of the contract*). Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía conflictual somete a las partes al acatamiento del Derecho elegido tal como es, sin modificación alguna de sus normas imperativas, solo en virtud de su consagración en los sistemas estatales de Derecho Internacional Privado y las limitaciones impuestas por las normas internacionales imperativas<sup>20</sup>. En este sentido, cabe mencionar que la autonomía conflictual está consagrada, con los matices allí presentes, tanto en el Reglamento Roma I –no vinculante para Venezuela– como en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. También ha sido receptada de manera unánime por los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado<sup>21</sup>, a tal extremo que el profesor LANDO haya afirmado que la autonomía conflictual forma parte del sustrato común de los sistemas jurídicos<sup>22</sup>. No obstante, es procedente comentar algunos matices respecto de la recepción de la libertad de elección del Derecho aplicable en las disposiciones contenidas en el artículo 3.1 del Convenio de Roma (artículo 3.1 del Reglamento Roma I), el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado; sin perder de vista que la finalidad perseguida por La Guía es la de «promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo»<sup>23</sup>.

---

*prononcées à l'occasion du soixante-quinzième anniversaire de l'Académie*. En: *Recueil des Cours*. T. 271. Académie de Droit International. La Haya, 1988, pp. 21-55, especialmente p. 51.

<sup>20</sup> DOLINGER: ob. cit., p. 250.

<sup>21</sup> El artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone: «Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes». En el Derecho comparado: el artículo 41 del Código Civil portugués (1967) dispone: «1. Las obligaciones provenientes de negocio jurídico, así como su propio concepto, son reguladas por la ley que los respectivos sujetos hubiesen designado o tenido en vista». El artículo 25 de la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (1965) prescribe: «1. En materia de obligaciones contractuales, las partes pueden someter su relación jurídica a la ley de su elección, siempre y cuando ella tenga una conexión con dicha relación»; entre otros ejemplos.

<sup>22</sup> LANDO, Ole: «*The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*». *Recueil des Cours*. T. 189. Académie de Droit International. La Haya, 1984, p. 302.

<sup>23</sup> *Guía sobre Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas*. OEA-CJI. 2019, p. 18.

## 1.2. Libertad de electio juris

El Reglamento Roma I consagra el principio de autonomía conflictual en el artículo 3(1) al disponer: «1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes». Esta solución está en sintonía con aquellas aportadas en los diversos ordenamientos jurídicos estatales de la comunidad europea, así como en la mayoría de los Derechos de los demás países<sup>24</sup>. Un ejemplo: «El proyecto de ley francés de 1967 cuyo objeto es completar el Código Civil en materia de Derecho Internacional Privado (...) establece, en el primer guión del artículo 2312: “El contrato de carácter internacional y las obligaciones derivadas del mismo se regirán por la ley a la que las partes hayan convenido someterse”»<sup>25</sup>. Otro ejemplo: «El Derecho inglés reconoce a las partes en un contrato la libertad de elegir la ley que deberá regirlo (*the proper law of the contract*). Dicho principio de libertad de elección se basa en la jurisprudencia. En el asunto Vita food products. Inc contra Unus Shipping Co, Ltd.». La sentencia indicó que «... la elección de las partes deberá efectuarse de buena fe y de conformidad con la ley y que podrá revocarse por razones de orden público»<sup>26</sup>. Luego, la *lex voluntatis* rige el contrato, aunque ella experimentase modificaciones posteriores a la conclusión del contrato. No se trata de una incorporación de la ley elegida en el contrato. Sobre este punto al menos, el Convenio de Roma retoma la teoría de la localización<sup>27</sup>.

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales consagra ampliamente la autonomía conflictual a través de una sencilla fórmula contenida en la primera oración de su artículo 7: «El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes»; solución sustancialmente idéntica a la adoptada en el artículo 3(1) del Reglamento Roma I. Luego, no se exige que el Derecho elegido voluntariamente tenga algún contacto razonable con el contrato. Este criterio fue admitido consensualmente a partir de discusiones sostenidas

<sup>24</sup> GIULIANO, Mario y LAGARDE, Paul: *Informe relativo al Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*. DOCE C 327, del 11-12-92, p. 8.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Íbid., p. 9.

<sup>27</sup> LAGARDE, Paul: «*Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du juin 1980*». En: *Revue Critique de Droit International Privé*. N.º 2, t. 80. Sirey. París, 1991, pp. 287-340, especialmente p. 300.



en el seno de la v Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-v) en relación con sendos proyectos que precedieron la aprobación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>28</sup>. Cabe destacar la sustitución del término «ley elegida» por la expresión «Derecho elegido» en el seno de la Reunión de Expertos de Tucson, con base en que con el término «ley» se suele calificar una fuente del Derecho; aunque el término «Derecho», en la norma que se comenta, pudiera ser interpretado como ordenamiento jurídico comprensivo de sus normas materiales internas y las de conflicto, lo que daría entrada al funcionamiento del reenvío con base en la teoría de la referencia máxima. Al respecto, el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales establece una interdicción sobre esta institución general del Derecho Internacional Privado al disponer que «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». Es decir, las normas materiales internas del Derecho privado nacional. Al punto surge la interrogante: ¿podrá ser considerada la *lex mercatoria* como un «Derecho» aplicable a través del método conflictual? Sobre este aspecto tratamos más adelante<sup>29</sup>. Por ahora avanzamos en señalar que la única limitación al amplio reconocimiento a la libertad de *electio juris* es impuesta por las normas de carácter imperativo del Derecho del foro que sean de aplicación necesaria, en virtud del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>30</sup>.

La norma de conflicto contenida en el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado consagra el principio de la autonomía de las partes o autonomía conflictual «sin establecer restricción alguna»<sup>31</sup>. «Las obligaciones

<sup>28</sup> El Proyecto SIQUEIROS (OEA/SER.K/XXI.5/CIDIP-v/12/93) y el Proyecto de TUCSON (OEA/SER.K/XX.5/CIDIP-V/15/93).

<sup>29</sup> *Vid. infra* 4.

<sup>30</sup> Artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: «No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo».

<sup>31</sup> DE MAEKELT, Tatiana B.: *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002, p. 100.

convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes». La sencilla redacción de esta norma permite apreciar la influencia recibida del Convenio de Roma y, *a fortiori*, de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en cuanto a la amplitud de la libertad de *electio juris* que supera «la existencia de una vinculación internacionalmente admisible» entre la ley indicada y la obligación convencional, como lo dispuso la norma contenida en el artículo 29 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-65). Aunque la libertad de elección del Derecho aplicable a las obligaciones convencionales con elemento extranjero consagra un derecho subjetivo de las partes contratantes, su ejercicio está supeditado a la observación de algunos aspectos consustanciales al contrato: forma de la elección, posibilidad de elección de diversos derechos (*depeçage*), cambio de Derecho aplicable. Sobre estos nos referimos a continuación.

### 1.3. Formas de la elección: expresa o tácita

La segunda oración del artículo 3(1) del Convenio de Roma dispone: «Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso». Aunque la elección voluntaria generalmente deriva de una cláusula expresa del contrato, el Convenio y el Reglamento admiten la posibilidad –en ausencia de una cláusula expresa del contrato– de que el juez de la causa pueda comprobar que las partes han realizado una verdadera elección del Derecho aplicable al fondo. Por ejemplo, un contrato por adhesión o un contrato tipo, regidos por un Derecho especial, aunque no haya declaración expresa sobre este aspecto, como ocurre con una póliza de seguro marítimo de Lloyds. En cualquier caso, esta formalidad de elección no expresa o tácita no autoriza en absoluto al juez a suponer una elección voluntaria válida de la ley si las partes no tuvieron la intención verdadera de elegirla<sup>32</sup>.

En sentido semejante al expresado en el artículo 3(1) del Convenio de Roma lo prescribe la segunda oración del artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ordenando, en primer lugar, que la elección voluntaria sea manifestada mediante una cláusula expresa de *electio juris* (*pactum de lege utenda*) y, en su ausencia, la elección «debe

<sup>32</sup> GIULIANO y LAGARDE: ob. cit., p. 10.

desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto». En suma, la manifestación de la voluntad debe surgir en forma evidente. Sin embargo, «la elección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable» (artículo 7 *in fine*), dejando sin efecto el adagio *qui elegit iudicem, elegit ius*, rechazando que la presencia de una cláusula de elección de foro en el contrato sea considerada como una presunción de elección voluntaria tácita.

Llama la atención que el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado no contenga disposición alguna sobre las formas de la elección voluntaria del «Derecho indicado por las partes» que permita afianzar expresamente el amplio rango funcional de la autonomía conflictual, a pesar de que la Ley sí contiene normas atributivas de jurisdicción internacional sobre las formas de sumisión expresa y tácita (artículos 44 y 45)<sup>33</sup>, en juicios originados tanto por el «ejercicio de acciones de contenido patrimonial» (artículo 40.4)<sup>34</sup> como por «el ejercicio de acciones sobre el estado de las personas o relaciones familiares» (artículo 42.2)<sup>35</sup>. Sin embargo, la parquedad del texto normativo del artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado hace necesario recurrir a la disposición contenida en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales sobre esta materia, a efectos de interpretar y aplicar la solución que aporta al caso concreto, si bien la referida Convención es, sin duda alguna, la fuente matriz de las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia

<sup>33</sup> «Artículo 44.- La sumisión expresa deberá constar por escrito»; «artículo 45.- La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea promover la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva».

<sup>34</sup> «Artículo 40.- Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: (...) 4. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción».

<sup>35</sup> «Artículo 42.- (...) los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares: (...) 2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción...».

de obligaciones convencionales<sup>36</sup>. Por otra parte, el artículo 3(1) del Reglamento Roma I (no vinculante para Venezuela) podrá aplicarse sobre la materia, como principio generalmente aceptado de Derecho Internacional Privado en virtud del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado *in fine*<sup>37</sup>.

#### 1.4. *Fraccionamiento o depeçage voluntario del contrato*

En Derecho Internacional Privado, la figura caracterizada con el vocablo francés *depeçage* hace referencia a la fragmentación del contrato en sus diversas «partes separables e independientes unas de otras desde el punto de vista jurídico y económico (...) la elección debe ser coherente, es decir, referirse a los elementos del contrato que puedan regirse por leyes distintas sin dar lugar a resultados contradictorios»<sup>38</sup>. Para BOGGIANO, el *depeçage* constituye «un fundamento suplementario a la autonomía material de las partes en los contratos internacionales»<sup>39</sup>; entendiéndose por autonomía material la libertad de contratar o de estipular que tienen las partes –en el marco y dentro de las limitaciones establecidas por un cierto Derecho material elegido– para especificar los exactos términos del contrato, su contenido y sus cláusulas; por lo que su ejercicio presupone el funcionamiento de la autonomía conflictual. En este contexto, cabe aclarar que si existe una incorporación material de una ley, allí no habrá *depeçage* puesto que para que proceda la ley deberá actuar como tal y no como cláusula contractual<sup>40</sup>. La posibilidad del *depeçage*

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado». En: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. T. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 325-341, especialmente p. 326.

<sup>37</sup> «Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán (...) finalmente (...) por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados».

<sup>38</sup> GIULIANO y LAGARDE: ob. cit., p. 10.

<sup>39</sup> BOGGIANO, Antonio: «*La Convention Intraméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT*». En: *Uniform Law Review*. Vol. 1. Roma, 1996, pp. 219-228, especialmente p. 220.

<sup>40</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén: *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia tecnológica*. Fundación de Cultura de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Montevideo, 1996, p. 81.

es conveniente cuando se trata de contratos complejos, como, por ejemplo, el contrato de *leasing* financiero mobiliario internacional<sup>41</sup>, en el que la fragmentación del contrato en sus diversas partes –negociaciones previas, acuerdo de *leasing*, acuerdo de suministro del bien mueble, acuerdo de garantía, etc.– permite que las diversas relaciones jurídicas que surgen entre los tres sujetos que intervienen en el *iter* operacional puedan generar consecuencias jurídicas distintas en función del lugar donde tengan sus establecimientos.

En el Convenio de Roma, el *depeçage* voluntario está regulado en la norma contenida en la tercera oración del artículo 3(1), al disponer: «Para esta elección las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato»; redacción idéntica aparece en el artículo 3(1) del Reglamento Roma I. A todo evento, «En caso de que las leyes elegidas no puedan combinarse de forma coherente, habrá que aplicar el artículo 4 del Convenio»<sup>42</sup>. Es decir, la normativa que rige «la ley aplicable a falta de elección».

El artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales dispone al final de su primer párrafo: «Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo», siguiendo el guion del artículo 3 del Convenio de Roma. Cabe señalar que *depeçage* no es lo mismo que separabilidad<sup>43</sup>. En el contexto de la elección expresa, la noción de separabilidad se relaciona con la invalidez de un contrato internacional y la validez de la cláusula de *electio juris*. Por ejemplo, si un contrato de compraventa es inválido, la cláusula de elección de Derecho allí contenida o acordada por separado no se ve afectada<sup>44</sup>. Su manera de interpretarla se puede desprender del primer párrafo del artículo 12 de la Convención que dispone: «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

<sup>41</sup> Vid. GARRIDO RAMOS: ob. cit. (*El leasing financiero...*), *passim*.

<sup>42</sup> GIULIANO y LAGARDE: ob. cit., p. 10.

<sup>43</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 80.

<sup>44</sup> Ídem.

de su Capítulo segundo». Es decir, los términos de los artículos 7 al 11 que rigen la «determinación del Derecho aplicable» de la Convención. Por su parte, el *depeçage* voluntario es una manifestación de la autonomía conflictual que alude a la fragmentación del contrato.

La amplitud funcional del artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado debe ser interpretada necesariamente con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales sobre esta materia. Además, el artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una solución que permite el *depeçage*, mediante una disposición que regula la técnica de la adaptación en los siguientes términos: «Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de esos Derechos». «Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto». «La adaptación no es más que un medio jurídico para resolver un determinado tipo de problemas conflictuales con caracteres propios y bien definidos (...) no es más que un supuesto donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual (...) que puede plantearse cada vez que normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos son aplicables simultáneamente o sucesivamente para regular una misma relación internacional (...) por tratarse de un problema cuyo origen reside en la deficiencia estructural de la norma de conflicto»<sup>45</sup>.

### *1.5. Momento de la elección. Cambio del Derecho aplicable*

Como corolario de la plenitud que caracteriza la recepción del principio de la autonomía de las partes en materia contractual internacional, la elección del Derecho aplicable puede realizarse en cualquier momento. Al respecto, la norma del artículo 3(2) del Convenio de Roma (mismo artículo del Reglamento Roma I) dispone:

---

<sup>45</sup> BOUZA VIDAL, Nuria: *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*. Tecnos. Madrid, 1977, pp. 12, 13, 19 y 28.

Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato...

Así, esta norma consagra el principio de mutabilidad del estatuto contractual, con las limitaciones correspondientes a su ejercicio. En este sentido, el artículo 6 de la Resolución del Institut de Droit International<sup>46</sup>, prescribe: «1. Las partes podrán después de la celebración del contrato (...) modificar su elección anterior. 2. Ellas serán libres de otorgarles un efecto retroactivo a esa elección, bajo reserva de los derechos adquiridos por los terceros». Particular interés presenta la elección posterior a la conclusión del contrato, en virtud de los efectos emergentes de la regulación retroactiva del contrato, si tenemos en cuenta que designación y aplicación de la ley están íntimamente unidas y que ambas deben tenerse presentes en la búsqueda del resultado adecuado<sup>47</sup>. Un ejemplo de esta situación sería la declaración de la jurisprudencia italiana<sup>48</sup> al expresar en su oportunidad (1966) que «la elección de las partes en cuanto a ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato». Pero, en la actualidad, la elección tardía del Derecho aplicable no puede afectar los derechos de terceros ni la validez del contrato en cuanto a «la forma de los contratos y de los actos jurídicos», a tenor el artículo 11 del Reglamento Roma I, tal como lo prescribe la última frase del artículo 3(2) *eiusdem*. Por otra parte, si la elección o la modificación de la elección del Derecho aplicable se efectuare durante el juicio, se plantea la cuestión respecto de las limitaciones en las que se realizaría dicha elección o su modificación voluntarias. No obstante, la cuestión compete al Derecho adjetivo del sentenciador, y solo se podrá dirimir de conformidad con dicho Derecho<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> *Vid. ob. cit.* («*L'autonomie de la volonté...*»), *passim*.

<sup>47</sup> BOUZA VIDAL: *ob. cit.*, p. 21.

<sup>48</sup> Tribunal Supremo en pleno, sent. N.º 1680, del 28-06-66; tomado de GIULIANO y LAGARDE: *ob. cit.*, p. 10.

<sup>49</sup> GIULIANO y LAGARDE: *ob. cit.*, p. 11.

Similar al artículo 3(2) del Convenio de Roma, la norma contenida en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales dispone: «En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un Derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros». La consagración del principio de mutabilidad del estatuto contractual en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales es considerada como adecuada, por parte de la doctrina suramericana, «en tanto implica dotar a los contratantes de una herramienta eficaz para que la voluntad de los mismos (...) pueda verse materializada a través del sometimiento del contrato al ordenamiento jurídico que estimen más conveniente a sus intereses»<sup>50</sup>. Aunque la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales siguió al Convenio de Roma de 1980 sobre este aspecto de la autonomía de las partes, la norma contenida en su artículo 8 invita a los siguientes comentarios comparativos: en primer lugar, precisa expresamente la aplicación del *depeçage* voluntario en cualquier momento. En segundo lugar, permite a las partes ejercer la elección voluntaria del Derecho aplicable, aun si las partes no lo hubieran elegido o si su elección resultara ineficaz<sup>51</sup>.

En el sistema autónomo de Derecho Internacional Privado venezolano no hay expresión legislativa alguna sobre el momento de elección voluntaria del Derecho aplicable. No obstante, la ratificación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la amplitud reconocida a la autonomía conflictual en el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sugieren el reconocimiento al poder de las partes contratantes para determinar el Derecho aplicable «en cualquier momento» a las obligaciones convencionales, incluso con posterioridad a la celebración del contrato y durante el *iter* procesal. Solo cabría comentar que la elección temporal del Derecho aplicable a las

<sup>50</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita Nelly: «Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales». En: *Boletín de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. N.º 5. Rosario, 1995, pp. 39 y 40.

<sup>51</sup> *Vid. infra* 2.3.



obligaciones convencionales en el marco del artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado es recibida con el mismo tenor del Reglamento Roma I y de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, con base en los argumentos presentados *supra* 1.3.

### *1.6. Conclusiones*

El Convenio de Roma de 1980 –reemplazado por el Reglamento Roma I como instrumento de la Comunidad Económica Europea destinado a la unificación jurídica en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales– es expresión de la consagración del principio de autonomía conflictual o autonomía de las partes sin exigir que el Derecho elegido tenga contacto razonable alguno con un contrato internacional. Representó un aporte invaluable para la recepción de dicho principio por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994). Generada en el seno de la V Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado ha sido ratificada por Venezuela sirviendo, a su vez, como directriz a la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (1998), receptando fielmente las orientaciones allí contenidas a fin de adaptar las soluciones del Derecho Internacional Privado venezolano sobre la materia a los avances consagrados en la codificación convencional, mediante soluciones universales dirigidas al desarrollo armónico de las relaciones contractuales entre particulares. Cabe mencionar, finalmente, que la presencia de la Guía sobre Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas permite aportar directrices que impulsen aspectos importantes sobre la elección voluntaria del Derecho aplicable a los contratos internacionales, a fin de uniformar la normativa sobre esta materia y armonizar su aplicación con la finalidad de estimular la integración regional, el crecimiento y el desarrollo económico.

## **2. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria**

### *2.1. Premisas*

La elección voluntaria –expresa o tácita– del Derecho aplicable a las relaciones *inter partes* en un contrato internacional no asegura siempre la eficacia de

dicha elección. Es necesario que tal elección sea válida. Es decir, que el *pactum de electio juris* exista y sea válido; que la manifestación de voluntad de las partes sea evidente. En caso contrario, la elección voluntaria de Derecho aplicable no existe, y si existiera es ineficaz. Tal situación plantea un problema que requiere de alguna solución subsidiaria que puede depender de la interpretación que se haga del contrato mismo. Sin embargo, la existencia de tal solución no se presenta de manera uniforme en los distintos sistemas jurídicos estatales. Algunas soluciones son rígidas<sup>52</sup>, mientras que otras son generalmente flexibles<sup>53</sup>. En Venezuela, *the proper law of the contract* (ley que rige el contrato) ha de regirse básicamente por los principios consagrados en la normativa contenida en los artículos 4 del Reglamento Roma I (como principio de Derecho Internacional Privado generalmente aceptado), 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado. La interpretación literal de estas disposiciones permite constatar la influencia del Convenio de Roma de 1980 sobre la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, y la influencia de esta sobre la Ley de Derecho Internacional Privado.

## 2.2. Principio fundamental

Junto a la autonomía conflictual o autonomía de las partes, el denominado «principio de proximidad», o de los vínculos más estrechos (*les liens les*

<sup>52</sup> Ejemplos: el artículo 26 de la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado dispone: «Cuando las partes contratantes no han escogido la ley aplicable, la obligación está sometida a la ley del Estado donde estas partes tengan su domicilio en el momento de celebración del contrato». El artículo 30 del Código Civil yemenita dispone: «Los efectos de los contratos se rigen por la ley del domicilio cuando la misma es común a las partes contratantes, y en defecto de domicilio común, por la ley del lugar donde el contrato ha sido celebrado. Todo esto si las partes no han convenido o si resulta de las circunstancias la intención de aplicar otra ley», ROMERO, Fabiola, «La nueva regulación del Derecho Internacional Privado en Australia, Yemen y Venezuela». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 114. UCV. Caracas, 1999, pp. 281-348.

<sup>53</sup> Ejemplo: el artículo 57 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 dispone: «1. Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (...) sin perjuicio de lo previsto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables».

*plus étroits*), constituye uno de los elementos que juega un rol muy importante en el Derecho contractual internacional<sup>54</sup>. Este principio está caracterizado por rasgos que lo distinguen fundamentalmente de la doctrina de VON SAVIGNY, por lo que se opone metodológicamente a la idea de localización de la sede de la relación jurídica<sup>55</sup>. El concepto que conlleva está expresado vagamente de diversas maneras en las normas de conflicto que flexibiliza<sup>56</sup>. Esto hace necesario darles a las diversas formulaciones normativas el suficiente significado que permita al intérprete o al juez, mediante una previa actividad investigadora y iuscomparativista, aplicarlas a cada caso concreto de manera predecible para que puedan producir los resultados más satisfactorios<sup>57</sup>; por ejemplo, *the better law* de David F. CAVERS en su *principled preference approach*<sup>58</sup>. Sin embargo, la laxitud del principio de proximidad podría permitir la aplicación de la *lex fori* con resultados posiblemente injustos. Es por eso que la libertad de actuación del juez se ve enmarcada dentro de ciertos lineamientos que guían su actividad, dirigida a formar su convicción respecto del Derecho más vinculado al caso concreto. Surge, en consecuencia, la necesidad de conocer la esencia de los criterios que deben orientar al juez para

<sup>54</sup> DE MAEKELT, Tatiana B.: «La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales». En: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. T. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 359-380, especialmente p. 363.

<sup>55</sup> LAGARDE, Paul: «*Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*». En: *Recueil des Cours*. T. 196. Académie de Droit International. La Haya, 1986, pp. 9-237, especialmente p. 29.

<sup>56</sup> El *Second Restatement* (Sección 188, párrafo primero) orienta hacia la aplicación del Derecho que «*has the most significant relationship to the transaction and the parties*». El *Uniform Commercial Code* habla de «*an appropriate relation*». Vid. WEINTRAUB, Russell: «*Functional developments in choice of law for contracts*». En: *Recueil des Cours*. T. 187. Académie de Droit International. La Haya, 1984, pp. 239-277, especialmente p. 274).

<sup>57</sup> WEINTRAUB: ob. cit., p. 274.

<sup>58</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «Recientes tendencias en el Derecho Internacional Privado norteamericano: Cavers, Currie, Ehrenzweig». En: *Monografías selectas de Derecho Internacional Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1984, pp. 253-293, especialmente pp. 258 y 267.

establecer los vínculos más estrechos o la vinculación más directa<sup>59</sup> entre el contrato internacional y *the proper law of the contract* que, en palabras de GOLDSCHMIDT, es «la ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico-sociales de interés general»<sup>60</sup>. Es decir, «el lugar de la prestación característica» como presunción de conexión más estrecha entre el Derecho aplicable (*the proper law*) y la obligación convencional. Al respecto, se hace necesario hacer referencia a dos posiciones que giran en torno a la aceptación o no de dicha presunción: el Convenio de Roma de 1980 y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, respectivamente.

### 2.3. Sobre la noción de prestación característica<sup>61</sup>

En principio, la prestación característica se fundamenta en la categorización de cada contrato comercial internacional. El contrato no es un elemento del mundo físico, sino una relación inmaterial que no tiene situación geográfica. Por esta razón, no es enteramente apropiado hablar de localización del contrato. Tal localización debería consistir más bien en la búsqueda de sus vínculos según la función del contrato en la vida económica actual, en la que es una sola parte contratante la que vende, transporta, asegura, etc. La otra parte en el contrato –el deudor– cumple siempre la misma obligación en la diversidad de contratos comerciales: pagar por la prestación que solicita: la venta, el transporte, el seguro, etc. Luego, sería fácil constatar aquella prestación que categoriza el contrato comercial en cuestión. Sería la prestación

<sup>59</sup> GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: «La teoría de las vinculaciones. El régimen de ley aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad». En: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. T. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 287-295, especialmente p. 288.

<sup>60</sup> GOLDSCHMIDT, Werner: «El proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado». En: *Revista del Ministerio de Justicia*. N.º 50. Caracas, 1964, pp. 77-88, especialmente p. 87. Se debe tener en cuenta que el comentario se refiere al Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-65), cuyo artículo 29 condiciona la elección voluntaria a la existencia de una «vinculación internacionalmente admisible» entre la ley aplicable y la obligación.

<sup>61</sup> SCHITZER, Adolf: «*La loi applicable aux contracts*». En: *Revue Critique de Droit International Privé*. N.º 1. París, 1955, pp. 475-480.

realizada por una de las partes en virtud de su función en la vida económica. Así, el criterio que distingue una obligación de la otra permite reconocer la esencia del contrato. Este criterio deriva de la prestación que caracteriza la operación. Concretada así la esencia del contrato, podremos entonces aplicar lógicamente la ley del lugar de aquel que tiene a su cargo la prestación característica. No es el lugar donde se concluyó el contrato donde la prestación es debida, sino aquel lugar donde la parte a cargo de la prestación ejerce su función en la vida económica. Por consiguiente, el domicilio de la persona o de la empresa encargada de la prestación característica es decisivo para vincular el contrato a un ordenamiento jurídico determinado. Es en Suiza donde el Tribunal Federal ha hecho triunfar el criterio de la prestación característica como la mejor expresión del principio de los vínculos más estrechos entre un contrato y el ordenamiento jurídico que le es aplicable, al sentenciar:

*... en vertu regles du droit international prive suisse et l'absence d'une election de droit, la loi applicable à un rapport de droit à caractère international est celle du pays avec lequel présente la relation territoriale le plus étroit. Il s'agit, en general, du droit de la partie dont la prestation est caractéristique du contrat litigieux<sup>62</sup>.*

#### 2.4. La prestación característica en el Convenio de Roma

En el apartado primero del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980, se establece que, a falta de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos<sup>63</sup>. La flexibilidad que caracteriza al principio de proximidad está moldeada por un sistema de presunciones *iuris tantum* contenido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 4 *eiusdem*, donde se privilegia la noción de la prestación característica para concretar y objetivar el vago contenido del principio de los lazos más estrechos. Con arreglo al apartado segundo del artículo 4 se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual

<sup>62</sup> LAGARDE: ob. cit. («*Le principe de proximité...*»), p. 41.

<sup>63</sup> Artículo 4(1) del Convenio de Roma: «1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos...».

la parte que deba realizar la prestación característica<sup>64</sup>. De manera diferente, en defecto de elección voluntaria, el artículo 4(1) del Reglamento Roma I dispone que la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la disposición especificada para cada uno de los tipos de contratos, en cada uno de los ocho literales allí contenidos. Para cada uno de los contratos especificados –compraventa de mercaderías, prestación de servicios, franquicia, etc.–, la ley aplicable será la del país donde reside habitualmente la parte que realiza la prestación característica de ese particular contrato, sin hacer mención alguna al principio de proximidad. Por ejemplo, a falta de elección voluntaria, el literal a. dispone que «el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual». Muy subsidiariamente, el Reglamento Roma I consagra el principio de proximidad en los apartados 3 y 4 de su artículo 4 al disponer: «3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos». Al punto, cabe destacar que los apartados 3 y 4 funcionan como cláusulas de excepción o de escape<sup>65</sup> para llenar las lagunas presentes en el sistema de prestaciones características establecido en los ocho literales del apartado primero del artículo 4

---

<sup>64</sup> Artículo 4(2) del Convenio de Roma: «... se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central...».

<sup>65</sup> Las cláusulas de excepción o de escape obedecen a un principio de justicia conflictual. Hacen intervenir el poder moderador del juez a fin de que la relación jurídica en cuestión sea sometida a la ley con la cual presenta los vínculos más estrechos, permitiendo así la corrección de la solución propuesta por la ley. Por lo tanto, son inútiles cuando existen conexiones flexibles que permiten al juez disponer de un margen de apreciación tan amplio que puede adaptar la regla de conflicto a todas las circunstancias particulares, sin corregir la ley. La cláusula de excepción sea general o particular, no es un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO: ob. cit., pp. 304 y 305.

consagrando, muy subsidiariamente y en distintas graduaciones, el principio de proximidad o de los lazos más estrechos.

## 2.5. *El principio de proximidad en la Convención*

### *Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos*

### *Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado*

Siguiendo lo dispuesto en el primer apartado del artículo 4 del Convenio de Roma, tanto la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (artículo 9)<sup>66</sup> como la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 30)<sup>67</sup> contienen sendas normas de conflicto que consagran el principio de proximidad o de los vínculos más estrechos (*les liens le plus étroit*) como factor de conexión para determinar, subsidiariamente, el Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria por las partes. Inicialmente, tanto el Proyecto SIQUEIROS (1991) como el Proyecto de TUCSON (1993) sobre Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales receptaron la prestación característica como presunción de conexión más estrecha<sup>68</sup>. Sin embargo, ambas normas americanas se alejan

<sup>66</sup> «Artículo 9.- 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».

<sup>67</sup> «Artículo 30.- A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales».

<sup>68</sup> El Proyecto de TUCSON disponía en su artículo 10.2: «Se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos en el Estado en que la parte debe cumplir su prestación característica, y donde dicha parte tenga, además, o su residencia habitual o establecimiento principal». El Proyecto SIQUEIROS, había establecido la siguiente presunción en su artículo 8: «Se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte manifiestamente más obligada en la relación contractual debe cumplir con su prestación, y donde tenga, además, su residencia habitual o establecimiento principal», *vid.* NOOD TAQUELA, María Blanca:

del Convenio de Roma (1980) y del Reglamento Roma I (2008) al no acoger la noción de la prestación característica ni establecer un sistema de presunciones con miras a favorecer la previsión de las partes. Su no aceptación en la v Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado se basó en que dicha presunción era desafortunada para los países en desarrollo y por resultar inoperante en su aplicación a los contratos complejos, como, por ejemplo, en el *leasing* financiero internacional. JUENGER sostuvo, en su momento, que el criterio de la prestación característica no puede garantizar ni la seguridad jurídica ni los resultados justos. Al respecto recordó las palabras de Josephus JITTA: «más vale un Derecho sustantivo internacional que la guillotina conflictual» en casos de contratos complejos que, como el *leasing* financiero internacional, son de clasificación difícil<sup>69</sup>. Así, ambas normas americanas ordenan al sentenciador tomar en cuenta «los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato»<sup>70</sup> para moldear

---

«Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales». En: *El Derecho Internacional Privado en el umbral del siglo XXI*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, pp. 89-134, principalmente pp.104 y 105.

<sup>69</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «La v Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-v, México, 1994)». En: *Revista de la Fundación Contraloría General de la República*. N.º 11. Caracas, 1994, pp. 177-247, especialmente p. 219.

<sup>70</sup> Tanto la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales como la Ley de Derecho Internacional Privado no definen lo que debe entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato internacional. Los antecedentes de la Convención Interamericana (*Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional*, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, julio, 1991, OEA /Ser.K / XXI, CIDIP-v / 12 / 93. Informe del Relator, par. 8.2) mencionan como elementos subjetivos (sin pretender ser un *numerus clausus*) la nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia, el lugar de celebración, de la negociación o del cumplimiento, *vid.* SAMTLEBEN, Jürgen: «El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado», En: *Addendum 2001. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, pp. 355-371, especialmente p. 338. Por otra parte, con fundamento en los antecedentes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, lo que se denomina «elementos subjetivos» es la opinión subjetiva del juez sobre cuál es el Derecho más idóneo para el contrato, considerando los intereses



la flexibilidad del principio de proximidad. Pareciera que esta indicación está dirigida al juez como un recordatorio de sus deberes en el proceso, tal como lo dispone, por ejemplo, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano<sup>71</sup>. Además, ambas normas también ordenan al tribunal –en la parte final del segundo párrafo– tomar en cuenta (¿a efectos de qué?) «los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales». Al respecto, el Informe del Relator de la Comisión 1 (v Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, 1994)<sup>72</sup> señala que «el concepto “organizaciones internacionales”, en este párrafo, incorpora todos los elementos de la *lex mercatoria*», «ya sean gubernamentales o no gubernamentales». Al punto, La Guía (2019) considera a la *lex mercatoria* –como quiera que se la defina– un subconjunto de normas de «Derecho no estatal», «que no emanan de ninguna fuente situada en el propio Estado para crear un Derecho vinculante o “positivo” en su ámbito respectivo. Lo más importante es que estos principios y normas debido (...) a su ámbito de aplicación limitado –como los usos y prácticas– no pueden servir de Derecho aplicable a un contrato –*lex contractus*–»<sup>73</sup>; se limita así el ámbito de la *lex mercatoria* a la autonomía material. A todo evento cabe precisar: ¿qué es el Derecho Comercial Internacional?; ¿qué son sus principios generales?; ¿qué son esas organizaciones internacionales? A continuación, ofrecemos algunas respuestas sencillas a estas interrogantes.

---

de las partes. Es decir, el Derecho que, en opinión del juez, debía haber sido la preferencia subjetiva de las partes en caso de una elección consciente de la ley aplicable (SAMTLEBEN: ob. cit., pp. 358-359). Un destacado representante de la doctrina venezolana entiende por elementos objetivos «... aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo –en este caso, el acto jurídico es el contrato–», *vid.* GIRAL PIMENTEL: ob. cit., pp. 291 y 293.

<sup>71</sup> «Artículo 12.- Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad (...) En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del Derecho a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad (...) En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe».

<sup>72</sup> OEA. *Informe del Relator de la Comisión 1, relativo al Derecho Aplicable a la Contratación Internacional*; OEA/Ser.K/XXI.5,CIDIP-v/doc.32/94 REV.2, 18-03-94, p. 3.

<sup>73</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 52.

## 2.6. *Inclusión de los «principios del Derecho Comercial Internacional» en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*

Con la denominación «Derecho comercial internacional» se califica al «conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas (...) un Derecho –fundamentalmente privado– especial por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa»<sup>74</sup>. Es un Derecho autónomo, formalmente separado del Derecho Internacional Privado, «entendido como ordenamiento regulador del intercambio de bienes y servicios cuyo objeto es dar respuesta a las relaciones entre las partes de una operación internacional, mercantil o financiera, o de una prestación transfronteriza de servicios»<sup>75</sup>.

Sin entrar en mayores detalles, los «principios generales del Derecho Comercial Internacional» del uso y de la práctica cotidiana de los operadores del comercio internacional<sup>76</sup> –la denominada «sociedad internacional de comerciantes»– forman parte de la *lex mercatoria* en virtud de los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que disponen al unísono –en materia de elección del Derecho rector a los contratos y a las obligaciones convencionales– aplicar, «... 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». Luego, «no hay principios generales de tal carácter aceptados por organismos internacionales»<sup>77</sup>. Entre estos principios destacan: buena fe y lealtad negocial (*good faith and fair dealing*); carácter vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*); libertad de contratación (*freedom of*

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: *Derecho Mercantil Internacional*. 2.<sup>a</sup>, Tecnos. Madrid, 1995, p. 65.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios*. Colegios Notariales de España. Madrid, 2003, p. 21.

<sup>76</sup> SAMTLEBEN: ob. cit., p. 368.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 359.

*contract*) y de formas contractuales (*no form required*); libre competencia, entre muchos otros.

En el marco de la actual economía globalizada, las relaciones internacionales de la sociedad de comerciantes encuentran regulación mediante instrumentos de normativa uniforme, autónoma y de carácter supranacional que han sido elaborados tanto por asociaciones profesionales como por organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales. Hacemos referencia, en primer lugar, a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, acaso el ejemplo más expresivo de la sociedad de comerciantes es un organismo no gubernamental fundado en 1919, adscrito a la Organización de Naciones Unidas, cuyo principal cometido es la promoción del comercio internacional, la inversión y la difusión mundial de la economía de mercado, mediante la elaboración de reglas destinadas al desarrollo de las relaciones comerciales transnacionales<sup>78</sup>.

Entre esas reglas destacan las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios –referidas como Reglas Uniformes (RRU) o Reglas y Usos Uniformes (UCP, abreviatura en inglés)–, que en su publicación UCP 600 (revisión 2007) vigente y las anteriores (publicación RRU 500) forman parte de la *lex mercatoria* y se aplican en la mayoría de los países como un uso del comercio internacional<sup>79</sup>. Otro importante instrumento de Derecho uniforme producido por la Cámara de Comercio Internacional contiene las Reglas Oficiales para la Interpretación de Términos Comerciales (INCOTERMS), cuya edición vigente se identifica como «INCOTERMS 2020». Son términos de aceptación universal, tales como FOB, CIF, FAS, etc., que describen las condiciones de entrega, seguros y los costos de los mismos, debido a las complejidades que

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ ROZAS: ob. cit., p. 98.

<sup>79</sup> «La versión de las RRU de 1993 (publicación 500) fueron adoptadas en Venezuela por el Consejo Bancario Nacional por Resolución de fecha 2 de noviembre de 1995. La misma se publicó en el diario *El Universal* de fecha 26 de febrero de 1996, y se inscribió en la Notaría Pública 37 de Caracas por documento de fecha 21 de febrero de 1996, inscrito bajo el N.º 4, tomo 10 del Libro de Autenticaciones», RODNER S.: ob. cit. (*Elementos de Finanzas...*), p. 1010, nota 3.

trae el comercio internacional por la necesidad de transporte<sup>80</sup>; más concretamente en el sector de la compraventa internacional de mercaderías. Su aplicación es meramente facultativo, dependiendo su aplicación de la voluntad de las partes<sup>81</sup>.

En segundo lugar, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>82</sup>, institución internacional intergubernamental en cuyo seno tiene la *lex mercatoria* su emblema en los denominados Principios sobre los Contratos Internacionales (en adelante: Principios de UNIDROIT). Sus reglas generales pueden aplicarse «... cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por (...) la *lex mercatoria* o expresiones semejantes» o «... cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato»<sup>83</sup>.

No menos importante es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>84</sup> (CNUDMI o UNCITRAL en idioma inglés). Entre

<sup>80</sup> *Ibíd.*, pp. 968-972.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ ROZAS: *ob. cit.*, pp. 148 y 149.

<sup>82</sup> UNIDROIT es una institución internacional intergubernamental que fue inaugurada el 30 de mayo de 1928. En sus orígenes, tuvo el carácter de organismo auxiliar de la Sociedad de las Naciones. En su estatuto original se le asignó como objeto «estudiar los medios de armonizar y coordinar el Derecho privado entre los Estados (...) y de preparar gradualmente la adopción por los diversos Estados de una legislación de Derecho privado uniforme». Entre las numerosas Convenciones aprobadas en Conferencias Diplomáticas convocadas por Estados Miembros destacan sendas Convenciones de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre *leasing* financiero internacional y *factoring* internacional, PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «La importancia del Instituto Internacional para la Unificación Jurídica del Hemisferio Americano UNIDROIT». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 86. UCV. Caracas, pp. 35-73, especialmente pp. 41-49.

<sup>83</sup> Principios de UNIDROIT, edición 2016, Preámbulo (Propósito de los Principios).

<sup>84</sup> La UNCITRAL fue establecida en 1966 por la Asamblea General de la ONU como organismo específico para la codificación del Derecho Mercantil Internacional mediante convenciones internacionales, leyes modelo, leyes uniformes, así como el fomento de las costumbres y prácticas comerciales internacionales, con la finalidad de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional; con la amplia participación en los Grupos de Trabajo de diversas Organizaciones Internacionales, como son la UNIDROIT y la Cámara de Comercio Internacional, con las que ha existido una estrecha colaboración significando una estrecha cooperación jurídica internacional, FERNÁNDEZ ROZAS: *ob. cit.*, pp. 244-246.

los numerosos instrumentos producidos destacan, particularmente, en la materia que nos ocupa: Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980); Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985); Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales (1988); Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

Finalmente, a pesar de la semejanza existente entre los artículos 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, existe una diferencia expresa entre ellas que se refleja en la ausencia del fraccionamiento o *depeçage* judicial en la norma venezolana. Sobre esta materia nos ocupamos a continuación.

### 2.7. *El fraccionamiento o depeçage judicial*

El artículo 4(1) del Convenio de Roma *in fine* dispone: «No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país», permitiendo la posibilidad de que el juez fragmente, a título excepcional, una parte autónoma y separable del contrato que presente los lazos «más estrechos» con otro país<sup>85</sup>, como son los contratos complejos, por ejemplo: el *leasing* financiero internacional. La expresión «a título excepcional» debe interpretarse en el sentido de que el juez recurra al *depeçage* con la menor frecuencia posible<sup>86</sup>. El Reglamento Roma I no contiene una disposición semejante.

El párrafo final del artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales reproduce textualmente el artículo 4(1) del Convenio de Roma *in fine*, «*allowing judges to tell the parties what they ought to have intended*»<sup>87</sup>, extendiendo así la facultad del

<sup>85</sup> GIULIANO y LAGARDE: ob. cit., p. 14.

<sup>86</sup> Ídem.

<sup>87</sup> Expresión bastante precisa del profesor F. K. JUENGER en referencia a la facultad que otorga el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales al juez para aplicar el Derecho, que en su opinión, debía

juez de aplicar, con carácter excepcional, más de un Derecho al contrato que pudiera tener alguna parte separable del resto y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, cuyo Derecho puede ser aplicado a esa parte del contrato. Así, cuando la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales sea la fuente normativa de Derecho Internacional Privado competente, el *depeçage* judicial se erige como instrumento de ventajosa implementación en materia de *leasing* financiero internacional en ausencia de elección voluntaria<sup>88</sup>. La Guía utiliza –creemos que inexplicablemente– la vaga expresión «fraccionamiento involuntario»<sup>89</sup> para referirse al fraccionamiento o *depeçage* judicial consagrado expresamente en el artículo 9 *eiusdem*, aunque esto pudiera parecer inocuo.

La normativa conflictual y material contenida en el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado no otorga al juez, expresamente, la posibilidad de recurrir al fraccionamiento del contrato. Sin embargo, puede hacerlo, con carácter excepcional, en virtud de la práctica de la adaptación regulada en el artículo 7, «... con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto» (artículo 31 *in fine*). Luego, es posible el ejercicio del *depeçage* judicial, excepcionalmente, en el ámbito de aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado, en materia de contratación internacional. Algunos académicos venezolanos consideran que la posibilidad del *depeçage* se otorga al juez siempre y cuando los diferentes aspectos de una misma relación contractual sean separables e independientes entre sí<sup>90</sup>, lo cual es también requisito para el funcionamiento del fraccionamiento voluntario. Por su parte, La Guía señala expresamente, cometiendo un error conceptual, que «El Código Bustamante utiliza el *depeçage* para reglamentar por separado los distintos

---

haber sido la preferencia subjetiva de las partes en caso de una elección consciente de la ley aplicable, SAMTLEBEN: ob. cit., p. 359.

<sup>88</sup> GARRIDO RAMOS: ob. cit. (*El leasing financiero...*), p. 212.

<sup>89</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 101.

<sup>90</sup> ROMERO, Fabiola: «Las personas jurídicas y las obligaciones en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado». En: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1966). Comentarios*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1998, pp. 67-77, especialmente pp. 76 y 77.

temas de la relación contractual (por ejemplo, los artículos 169-172, 176, 181, 183)»<sup>91</sup>. En principio, los artículos 169-172 del Código (De las obligaciones en general) regulan los efectos que las obligaciones producen. Al punto, ha señalado SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN que «Las obligaciones civiles tienen muy diversos orígenes y están sujetas por lo tanto a reglas diferentes en el Derecho Internacional Privado». Por lo tanto, «No es posible establecer un criterio único para las obligaciones derivadas de la ley...». Luego, «Los efectos generales que las obligaciones producen no pueden estar sometidos a una sola ley cuando no lo están tampoco las obligaciones mismas de que se originan»<sup>92</sup>. A todo evento, las obligaciones no son fraccionables. Por otra parte, los artículos 176, 181 y 183 del Código (De los contratos en general) regulan la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento, la rescisión del contrato por incapacidad y las disposiciones sobre nulidad de los contratos, respectivamente. Cabe mencionar que en virtud del artículo 5(a) de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales quedan fuera de su ámbito de aplicación material «la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes». En suma, el Código Bustamante no faculta al juez ni a las partes a fragmentar el contrato a efectos de elegir el Derecho aplicable.

## 2.8. Conclusiones

El principio de proximidad o de los lazos más estrechos es adoptado por vez primera en la región latinoamericana con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en el seno de la v Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado. Luego, no tiene presencia en el Código Bustamante (1928) a efectos de funcionar como criterio que permita la determinación del Derecho aplicable a los contratos en ausencia de elección voluntaria. Este principio se erige así como principio general subsidiario tanto en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos

<sup>91</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 101, nota 209.

<sup>92</sup> SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio: *Derecho Internacional Privado*. T. II. 3.<sup>a</sup>, Editorial Cultura, S. A. La Habana, 1943, pp. 170-172 y 184 ss.

Internacionales como en el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado que no receptan el criterio de la prestación característica como presunción más estrecha entre el contrato y el Derecho material competente a falta de elección voluntaria, como sí la recepta el Convenio de Roma de 1980, a pesar de ser fuente de inspiración de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. La objetivación del principio de proximidad en las normas americanas se moldea con base en «los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato» y la incorporación de «los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales». Indiscutiblemente, esta última expresión hace referencia a la *lex mercatoria* que es, indudablemente, receptáculo de principios del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales, que se aplicará «cuando corresponda», como fuente normativa independiente consagrada en los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la gran libertad de actuación que otorga el carácter flexible del principio de proximidad al juez venezolano, le permite recurrir al sistema de presunciones de la prestación característica para orientarlo, en ausencia de elección voluntaria o directa, en la determinación *the proper law of the contract*.

### 3. La *lex mercatoria* como fuente normativa de Derecho Internacional Privado

El Convenio de Roma (1980) aunque no prohíbe, tampoco sanciona la elección de la *lex mercatoria*<sup>93</sup>. Posteriormente, el Reglamento Roma I expresa en su «considerando 13» lo siguiente: «El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional»<sup>94</sup>. Cabe precisar que la acción de «incorporar» es distinta a la acción de «elegir» (*choice*), que es utilizada específicamente

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ ROZAS: ob. cit., p. 92.

*Vid.* en este número de la *Revista*: VALDIVIESO RUÍZ, Rubén Darío: «La *lex mercatoria* como fuente del Derecho y su rol en el Derecho Internacional Privado en Venezuela», pp. 763 y ss [Nota del editor].

<sup>94</sup> Reglamento (CE) N.º 593/2008, p. 1.



en el sector del conflicto de leyes (*choice of law*). Cabe recordar<sup>95</sup> que La Guía (2019) incluye en el término «Derecho no estatal» «... costumbres, usos y prácticas, definiciones normalizadas de términos comerciales –por ejemplo, INCOTERMS–, codificaciones o recopilaciones del Derecho privado –por ejemplo, los Principios de UNIDROIT– y la *lex mercatoria* –como quiera que se la defina– (...) que no emanan de ninguna fuente situada en el propio Estado para crear un Derecho vinculante o “positivo” en su ámbito respectivo».

### 3.1. *Los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado*

Las normas contenidas en estos artículos, generadas en diferentes ámbitos de producción jurídica –Derecho Internacional Privado convencional y Derecho Internacional Privado autónomo, respectivamente–, disponen al unísono:

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.

Así, se le reconoce a la *lex mercatoria* la función de fuente normativa independiente en materias del Derecho Comercial Internacional, aplicable «cuando corresponda»<sup>96</sup>. Al respecto, parte de la doctrina internacional especializada en el tema ha considerado que «las normas materiales uniformes, las costumbres, y los principios del Derecho Comercial Internacional se aplican con preferencia a la ley interna de un Estado que resulte aplicable al contrato. Lo mismo cabe decir de las costumbres y los principios del

<sup>95</sup> *Vid.* pie de página 65, *supra*.

<sup>96</sup> La advertencia «cuando corresponda» falta en la versión en idioma inglés del artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, tal vez por obvia (SAMTLEBEN: ob. cit., p. 367). Dicha versión inglesa expresa: «... *the guidelines, customs and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case*».

Derecho Comercial Internacional. Los usos y prácticas también tienen prevalencia jerárquica sobre la ley interna que resulte aplicable por remisión de la norma de conflicto»<sup>97</sup>. Al respecto, parte de la doctrina venezolana de mayor competencia ha expresado que «las partes quedan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (...) Podría pensarse que en virtud de la libertad que tienen las partes, estas podrían someter su contrato (...) a los usos o principios generales que conforman el Derecho espontáneo o *lex mercatoria*...»<sup>98</sup>. También ha señalado que «resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que en ausencia de elección del Derecho por los contratantes resultaren aplicables normas anacionales como normas jurídicas, mientras tal posibilidad se niega en el caso de que expresamente las partes quisieran aplicarlas como tales a sus contratos comerciales internacionales»<sup>99</sup>.

### 3.2. *La autonomía conflictual mercatoria*

La amplitud con la que receptan el principio de autonomía conflictual tanto la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales como la Ley de Derecho Internacional Privado suscitó la cuestión respecto de la posibilidad de elegir la *lex mercatoria* como *lex contractus* mediante una cláusula de *electio juris*. Es cierto que la *lex mercatoria* es susceptible de aplicación a título supletorio por el tribunal competente en virtud de los artículos 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en los que «los principios generales del Derecho del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales» se deben interpretar en el sentido de un sistema jurídico elaborado y completo que se puede considerar como «Derecho aplicable al contrato»<sup>100</sup>. Además, también es cierto que la *lex mercatoria* es una fuente de «Derecho no estatal» consagrada, respectivamente, en los

<sup>97</sup> NOOD TAQUELA: ob. cit., p. 111.

<sup>98</sup> ROMERO, Fabiola: «El derecho aplicable al contrato internacional». En: *Liber amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*. T. I. UCV. Caracas, 2001, pp. 203-331, especialmente pp. 251 y 252.

<sup>99</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («Las obligaciones convencionales...»), pp. 325-341, especialmente p. 333.

<sup>100</sup> SAMTLEBEN: ob. cit., p. 370.

artículos 10 y 31 *eiusdem*, a pesar de que la norma del artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales entiende por «Derecho» el vigente en un Estado. Al respecto, la doctrina ha interpretado que esta norma tiene por único objetivo excluir la intervención del reenvío en materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>101</sup>, sin quitar a las partes la facultad de elegir un «Derecho no estatal»<sup>102</sup>, abriéndoles «la posibilidad de elegir “normas de Derecho” no estatales en lugar de normas nacionales como un Derecho que rige a los contratos internacionales»<sup>103</sup>. Así surge el principio de autonomía conflictual mercatoria, por cuya virtud las partes tienen la posibilidad cierta de designar como *lex contractus* un «Derecho no estatal» como son los Principios de UNIDROIT, las Reglas INCOTERMS y Las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios. Se supera así la «incorporación por referencia» de la *lex mercatoria* al contrato, que limitaba su ámbito de aplicación al ejercicio de la autonomía material<sup>104</sup>. «Así, no se justifica insistir en el método conflictual para buscar un Derecho nacional aplicable cuya relación con el contrato en estas circunstancias es más ocasional que real. Son estos casos para los que los principios de UNIDROIT se ofrecen como solución»<sup>105</sup>.

### 3.3. Sentencias venezolanas

Una sentencia relacionada con la *lex mercatoria* tuvo lugar en Venezuela en el año 1988, en un juicio intentado por el Banque Worms, S. A. vs. el Banco Unión, S. A. que versó sobre una carta de crédito *standby* sometida a los RRU, publicación 290 (revisión 1974). La decisión del Tribunal de Instancia<sup>106</sup>

<sup>101</sup> NOOD TAQUELA: ob. cit., p. 120. La exclusión del reenvío en el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales «concuera con el artículo 20 del Reglamento Roma I y podría considerarse como la posición absolutamente prevaleciente en la doctrina del Derecho Internacional Privado sobre el tema del reenvío», ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 52.

<sup>102</sup> SAMTLEBEN: ob. cit., p. 366).

<sup>103</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 52.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ ROZAS: ob. cit., pp. 93-95.

<sup>105</sup> SAMTLEBEN: ob. cit., p. 371.

<sup>106</sup> Juzgado Superior Primero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, sent. N.º 13-88, del 26-02-1988, *vid. Jurisprudencia Venezolana Ramírez y Garay*. T. 103. Caracas, pp. 38-46.

sostuvo que los RRU son meros usos interpretativos que no pueden equipararse a la ley, pero pueden incorporarse dentro del contrato de crédito documentario por voluntad de las partes; salvo que violen el orden público nacional o las buenas costumbres<sup>107</sup>. En fecha 5 de abril de 1989, la Sala de Casación Civil Accidental de la Corte Suprema de Justicia dictó su fallo declarando «improcedente la pretensión de la parte impugnante». La Sala observó: «... aunque probado en el presente caso la existencia de un texto de esos Usos y Reglas, incorporados por las partes a la relación contractual, los mismos solo pueden ser considerados como un elemento de hecho. En efecto, dichos usos y reglas no tienen entre nosotros el carácter de verdaderas y auténticas normas legales, al no encontrar apoyo en algún Tratado suscrito por Venezuela»<sup>108</sup>. Al comentar esta decisión de la Corte, el profesor RODNER opinó: «la Corte no entendió la naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes (...) Las Reglas y Usos Uniformes al ser usos mercantiles de aceptación universal, inclusive en Venezuela sí pueden formar parte del Derecho interno y no tienen que originar un tratado suscrito por Venezuela. La Sala aparentemente concluye, como ya lo había hecho el Tribunal de Instancia, que la única forma en que se incorporan las Reglas y Usos Uniformes es (...) por convenio expreso de las partes...»<sup>109</sup>. Finalmente, RODNER señaló oportunamente que esta jurisprudencia «... modifica conceptos tradicionales relativos a la figura del crédito documentario, los cuales (...) forman una parte, en mi opinión, importante de la doctrina latinoamericana sobre el crédito documentario»<sup>110</sup>.

Posteriormente, otra decisión relacionada con la *lex mercatoria* la encontramos en una sentencia que hace referencia a los Principios de UNIDROIT. Es el fallo de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa<sup>111</sup> concerniente a la interpretación de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial

<sup>107</sup> RODNER S.: ob. cit. (*El crédito documentario...*), p. 57.

<sup>108</sup> CSJ/SCC accidental, sent. N.º 300-89, del 05-04-89, Banque Worms, S. A. vs. Banco Unión, S. A., *vid. Jurisprudencia Venezolana Ramírez y Garay*. T. 108. Caracas, pp. 286-292, especialmente p. 287.

<sup>109</sup> RODNER S.: ob. cit. (*El crédito documentario...*), pp. 818-821.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 818.

<sup>111</sup> CSJ/SPA, sent. N.º 605, del 09-10-97, Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S. A.

Internacional (Panamá, 1975)<sup>112</sup> y de la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)<sup>113</sup>, que «tienen por finalidad establecer reglas internacionales uniformes en materia de arbitraje internacional» y que fueron aplicadas por la Corte «en forma concomitante y complementaria»<sup>114</sup>. El caso concreto tiene por objeto contratos suscritos en el extranjero y cumplidos en Venezuela, entre empresas venezolanas –Embotelladora Caracas C. A. y otras; demandantes– y una empresa constituida en el extranjero y domiciliada en Venezuela –Pepsi Cola Panamericana, S. A., demandada–, en el que la pretensión versó sobre «la derogabilidad de la jurisdicción venezolana mediante un acuerdo arbitral», según el cual las partes sometían sus eventuales controversias contractuales a un tribunal arbitral con sede en la ciudad de Nueva York. Por lo tanto, «se trata de una controversia de naturaleza mercantil, cuyo *thema decidendum* no interesa al orden público o a las buenas costumbres ni trata sobre inmuebles situados en el territorio de la República»<sup>115</sup>, que además «tiene forzosa incidencia en el comercio internacional en vista del renombre mundial de la marca que identifica el producto a ser comercializado en Venezuela»<sup>116</sup>. Por lo tanto,

<sup>112</sup> BONNELL, Michael Joachim: «*UNIDROIT Principles 2004. The new Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*». En: *Uniform Law Review*. N.º 2004-1. UNIDROIT. Roma, 2004, pp. 5-40, especialmente p. 15. Por otra: «Sentencia de 9 de octubre de 1997». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, pp. 150-172, especialmente p. 163, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional fue aprobada en el seno de la I Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado en la ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975, Ley aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 33 170, del 22-02-85, depósito del instrumento de ratificación el 16-05-85, para los Estados Unidos de América el depósito del instrumento de ratificación fue efectuado el 27-09-90.

<sup>113</sup> Ley Aprobatoria publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4832 extraordinario, del 29-12-94. Para los Estados Unidos de América entró en vigencia el 29-12-94.

<sup>114</sup> Ob. cit. («Sentencia de 9 de octubre...»), p. 163.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, p. 157.

<sup>116</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, pp. 141-149, especialmente p. 143.

«deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación con el objeto de la controversia, ya sean legales –nacionalidad, domicilio, lugar de celebración–, así como los criterios económicos –transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios–» a efectos de establecer «el carácter internacional» del acuerdo de arbitraje «en su sentido más amplio»<sup>117</sup>. La sentencia señala: «es esta la primera ocasión en que le corresponde aplicar las Convenciones aludidas»<sup>118</sup>, utilizando los «comentarios» explicativos de los Principios de UNIDROIT por contener un enfoque complementario que permita «formular de manera clara la noción de contrato internacional» ante «la insuficiencia de un análisis puramente jurídico»<sup>119</sup>. Ellos «indican, entre otras cosas, que el carácter internacional de un contrato puede ser definido en una gran variedad de formas y que los “Principios” no acogen expresamente ninguna de ellas. Sin embargo, indican que a la noción de contrato internacional debe dársele una amplia interpretación, de manera tal de excluir solamente aquellas situaciones que no involucren elementos internacionales, es decir, aquellos contratos en que todos los elementos relevantes se encuentran vinculados a un solo país (UNIDROIT: *Principles for International Commercial Contracts, Draft Text and Comments*. Study L-Doc. 54 Prov; Original: English, Roma, febrero de 1994; Preámbulo, p. 1)»<sup>120</sup>.

### 3.4. Conclusiones

Por todo lo antes expuesto, en la actualidad, no puede negarse la posibilidad del papel de la *lex mercatoria* como Derecho no estatal susceptible de ser elegido como *lex contractus* o como *the proper law of the contract* en el sistema de Derecho Internacional Privado autónomo venezolano «cuando corresponda», superando así la limitación de someter al contrato internacional a la regulación de un Derecho no estatal, bien sea por las vías de autonomía material o incorporación por referencia. Ya con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado en febrero de 1999 –en una época en que la que aún se debatía acerca de la virtualidad de la *lex*

<sup>117</sup> Ob. cit. («Sentencia de 9 de octubre...»), p. 165.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 164.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 167.

<sup>120</sup> *Ídem.*

*mercatoria* entre sus defensores y detractores–, las RRU y los Principios de UNIDROIT fueron utilizados por los tribunales venezolanos en sendos casos judiciales como prácticas comerciales habituales. En el presente, la norma contenida en el párrafo final de los artículos 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado es una muestra importante del avance de la autonomía conflictual mercatoria tanto en la codificación internacional como en la interna venezolana. Posición contraria parece señalar La Guía (1919) al expresar que la *lex mercatoria*, en tanto que Derecho no estatal, «165 (...) por su ámbito de aplicación limitado –como los usos y prácticas–, no pueden servir de Derecho aplicable a un contrato –o *lex contractus*–». Sin embargo, asoma muy tangencialmente, «la posibilidad de elegir “normas de Derecho” no estatales en lugar de normas nacionales como un Derecho que rige a los contratos internacionales...»<sup>121</sup>. Más adelante señala dos interpretaciones que se le han dado a esta norma: i. «... que la función de la *lex mercatoria* o ley no estatal se redujo a la de un elemento auxiliar que (...) ayuda al juez o al árbitro a determinar el Derecho del Estado que tiene la conexión más estrecha con el contrato»; ii. «... acorde con lo propugnado por JUENGER, favorece la aplicación del Derecho no estatal a falta de una elección»<sup>122</sup>, «... quien era de la opinión que la mención de “principios generales” debía conducir claramente a los Principios de UNIDROIT»<sup>123</sup>. La doctrina internacional como la venezolana de mayor competencia coinciden en señalar que la función de la *lex mercatoria* no es determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales ni a las obligaciones de allí derivadas, sino la de dar una solución material al caso concreto.

<sup>121</sup> Ob. cit. (*Guía sobre el Derecho...*), p. 52.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 90.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, pp. 89 y 90.

\* \* \*

**Resumen:** El autor estudia la elección del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales con elemento extranjero según la normativa que ha estado vigente desde el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, hasta la contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998. Para tales fines, divide su colaboración en tres secciones, a saber: i. La elección voluntaria del Derecho aplicable; ii. la determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria y iii. la *lex mercatoria* como fuente normativa de Derecho Internacional Privado. **Palabras clave:** Derecho aplicable, elección voluntaria, *lex mercatoria*, Contrato Internacional. Recibido: 26-11-19. Aprobado: 18-12-19.