

Con ocasión de la obra *Garantías independientes a primer requerimiento* del profesor Rodner

Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 591-610.

SUMARIO

Introducción 1. Contratos autónomos de garantía y fianza: El artículo 212 del Código de Bustamante 2. El reenvío en materia de obligaciones convencionales internacionales 3. El Derecho anacional aplicable a las obligaciones convencionales internacionales. Conclusión

Introducción

En los muy acuciosos e interesantes escritos publicados por el profesor James-Otis RODNER S. sobre temas de Derecho de Obligaciones, con frecuencia se analizan problemas de Derecho Internacional Privado¹. En sus escritos, a menudo, el profesor RODNER discute temas de contratos internacionales a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los

* **Universidad Central de Venezuela**, Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Privado. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Ver, por ejemplo, RODNER S., James Otis: *Garantías independientes a primer requerimiento*. Cámara de Comercio Internacional, Comité Español-Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Barcelona, 2019, especialmente pp. 275 y ss.; *El Dinero*. 2.ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, especialmente pp. 316 y ss.; «Ley aplicable a la estipulación y pago en moneda extranjera». En: *Estudios de Derecho, homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. T. I (Estudios de Derecho privado). UCAB. A. BAUMEISTER TOLEDO y C. G. GUARDIA DE BRACHO, coords. Caracas, 2004, pp. 237 y ss.; y *La globalización, un proceso dinámico*. Editorial Anaucó. Caracas, 2001, pp. 167 y ss.

Contratos Internacionales («Convención de México») y de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sus escritos son prueba del valor práctico del Derecho Internacional Privado en la adecuada regulación de las obligaciones internacionales en sus diferentes modalidades, incluyendo las garantías internacionales. En esta ocasión, nos adherimos al homenaje a su persona y a su obra, para lo cual nos anima su más reciente obra: las *Garantías independientes a primer requerimiento*.

1. Contratos autónomos de garantía y fianza: El artículo 212 del Código de Bustamante

Hace unos años escribimos lo siguiente acerca de los contratos autónomos de garantía²:

La admisibilidad en Venezuela de los llamados contratos autónomos de garantía no ha sido del todo afirmada por la doctrina y jurisprudencia³. Se trata de un negocio atípico de garantía, autónomo e independiente respecto al contrato principal garantizado. Sus características principales, que a la vez lo distinguen del contrato de fianza, son: a. no se promete el cumplimiento de una obligación del deudor principal, sino el de una obligación autónoma, no accesoria respecto a la del deudor «principal». Quedan así excluidas las excepciones del negocio «principal»; b. la garantía no se materializa mediante una duplicación del sujeto deudor. Se promete el pago de una cierta suma de dinero al beneficiario al verificarse un cierto evento; c. el pago no está subordinado a un incumplimiento del deudor «principal». El pago se debe aún en caso de fuerza mayor o caso fortuito, o por invalidez originaria o sobrevenida del contrato garantizado. La función económica del contrato autónomo de garantía es cubrir, transfiriéndolo al garante, un riesgo atípico relativo al

² HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (especial referencia a los litisconsorcios pasivos)». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 43. UCAB. Caracas, 1991, pp. 215 y ss., esp. pp. 225-226, nota 22.

³ Ver RODNER S.: ob. cit. (*Garantías independientes...*), pp. 45 y ss., con referencias a la más reciente bibliografía venezolana.

contrato garantizado. Su naturaleza causal o abstracta es vivamente discutida en doctrina. El comercio y la doctrina mundial admiten la validez de tales contratos. Al respecto resultan ilustrativos los comentarios del profesor Giuseppe PORTALE, quien ha demostrado su admisibilidad en el sistema jurídico italiano. Véase su obra: *Le garanzie bancarie internazionalne*. Giuffré: Milán (1989). Además Luca G. RADICATI DI BROZOLO: «*Ancora sui profili internazionalistici delle garanzie bancarie*», en *Banca, Borsa e Titoli di Credito* 1986-II, p. 339 ss.; Franco BONELLI: «*Le garanzie bancarie nel commercio internazionalne*», en *Diritto del commercio internazionalne* 1987, pp. 127 ss. Igualmente útil resulta «la novísima decisión de la Casación italiana (S.U.)» del 06-10-89, N.º 4006, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito* 1990-II, pp. 1, 5 ss. y las anotaciones de Radicati DI BROZOLO: *Osservazioni sulla legge applicabile all'azione di ripetizione dell indebito* (ibíd., pp. 30 y ss.); Matteo RESCIGNO: *Osservazioni sulla seconda sentenza della Corte di Cassazione, 6 ottobre 1989 N.º 4006* e altre pronunce di merito in tema di contratto autonomo di garantía (ibíd., pp. 32 y ss.). PORTALE reporta (*Il contratto autonomo di garantía nel diritto svizzero*, ibíd., pp. 37 y ss.) que en el Derecho suizo doctrina y jurisprudencia afirmaban la admisibilidad de tal garantía sobre la base del texto del artículo 111 del Código de las Obligaciones (*promesse de porte-fort* = promesa del hecho de un tercero = artículo 1165 Código Civil venezolano y equivalente en sustancia al § 880a del Código Civil General austriaco-ABGB). Indica, sin embargo, las objeciones a tal construcción. Entre ellas, señala que el contrato autónomo de garantía en sentido técnico opera en forma bien distinta a la *promesse de porte-fort*. El garante no promete en modo alguno que el solicitante de la garantía ejecutará una prestación ni que él pagará en caso de incumplimiento. Es por ello que el contrato autónomo de garantía solo encuentra una rudimentaria explicación en el artículo 111 Código de Obligaciones suizo (pp. 38 y ss.). Del mismo autor puede verse la *postilla* (a la decisión antes citada) «*La nuova sentenza della Cassazione sul Garantievertrag (Ritenute d'imposta e contratto autonomo di garantía)*», ibíd., p. 40. Una versión castellana del trabajo del profesor PORTALE titulado: «Las Secciones Unidas de la Casación italiana y el contrato autónomo de garantía «causalidad»

y «abstracción» en los contratos de garantía», será publicada próximamente en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 39 (1990). Tal estudio ya ha sido publicado con el título: «*Die Vereinigten Senate des italienischen Kassationshofs und der selbständige Garantievertrag-“Kausalität” und “Abstraktion” im Garantievertrag*», en: *Jahrbuch für italienisches Recht*, N.º 3 (1990), pp. 49 y ss. Dicho estudio es en su primera parte un comentario a la decisión de la Casación italiana de 01-10-87, N.º 7341 (ibíd., pp. 235 y ss.), y también en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1988-II, pp. 1 y ss.; en una segunda parte comenta la sentencia de 06-10-1989, antes referida. También para el Derecho italiano puede verse de Fulvio MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*. Giappichelli Editori, Turín, (1989). El Derecho francés admite el contrato autónomo de garantía sin que para ello sea obstáculo la «causalidad» de los contratos. Véase al respecto, Jean Pierre MATTOUT: «*Droit bancaire international*», *La Revue Banque*, París (1987), N.º 197, pp. 244 y ss. Para la jurisprudencia reciente (inclusive belga), ver *Recueil Dalloz-Sirey*, 1989, Somm. comm., pp. 145 y ss., con *Note* del profesor Michel VASSEUR. En cuanto al problema de la competencia internacional por razón de conexión, con especial referencia a los negocios de garantía y su tratamiento en el Código de Procedimiento Civil italiano de 1942 (artículo 4.3, sin equivalente en el Código de Procedimiento Civil de 1865), véase el reciente estudio de Radicati DI BROZOLO, «*La giurisdizione per connessione con particolare riferimento ai rapporti di garanzia*», en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1988-II, pp. 388 y ss. En Venezuela no habría, en principio, problemas para admitir la validez de un contrato atípico y autónomo de garantía. Hay, sin embargo, urgente necesidad de su comprobación dogmática. Se tropieza en su elaboración con una posible aplicación exagerada del principio contenido en el artículo 212 del Código Bustamante (Código Civil venezolano, artículos 1805 y ss.), y de allí deducir una regla apriorística de «orden público internacional». Para su crítica, ver en general Erik JAYME, *Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado* (1989), y la nota preliminar de Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN...⁴.

⁴ Ver: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 82. UCV. Caracas, 1991, pp. 215 y ss.

Ahora retomamos el tema.

El artículo 212 del Código Bustamante reza así: «Es de orden público internacional la regla que prohíbe al fiador obligarse a más que el deudor principal». En concordancia con lo anterior el artículo 1806 del Código Civil venezolano establece: «La fianza no puede exceder de lo que debe el deudor, ni constituirse bajo condiciones más onerosas. Puede constituirse por una parte de la deuda únicamente, y bajo condiciones menos onerosas. La fianza que exceda de la deuda o que se haya constituido bajo condiciones más onerosas, no será válida sino en la medida de la obligación principal».

La calificación de orden público internacional de la prohibición establecida en el artículo 1806 del Código Civil por parte del artículo 212 del Código Bustamante se impone a todos los Estados parte, a tenor de lo ordenado por el artículo 6 del citado Código. La consecuencia de tal calificación implica que tal prohibición obliga «por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales» (artículo 3.11 del Código Bustamante).

Los comentarios de SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE al respecto son escasos y tan solo dejan claro que la calificación de orden público internacional excluye la posibilidad de que los contratantes modifiquen la aplicación de la prohibición en cuestión⁵. La noción de leyes de orden público internacional concebida en el citado artículo del Código Bustamante es más bien parte de «una descripción provisional e incompleta», dice el autor citado. Como es reconocido por la doctrina, utilizando las palabras del propio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, «La característica decisiva de esta clase de leyes sería más bien su propia naturaleza interna; ellas atañen a los fundamentos del Estado y la inobservancia de solo una tiene por consecuencia que éste “no puede subsistir”»⁶.

⁵ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio: *Derecho Internacional Privado*. T. II. 2ª, Cultural. Habana, 1928, pp. 258 y ss.

⁶ SAMTLEBEN, Jürgen: *Derecho Internacional Privado en América Latina, teoría y práctica del Código Bustamante*. Vol. I (parte general). Depalma. Buenos Aires, 1983, p. 217.

Con razón enseña la doctrina especializada en cuanto al tema de las leyes de orden público internacional:

De hecho, si la cuestión se examina más detenidamente, en la mayoría de los casos deberá entenderse bajo «orden público internacional» la aplicación de la *lex fori*. El amplio campo que con ello se asegura al Derecho del respectivo Estado juzgador, realmente quita al Código Bustamante en gran parte su efecto unificador. Además, los tribunales de los Estados partes de esta manera se sienten autorizados para aplicar la *lex fori*, cuando quizá el Derecho conflictual interno ofrecería puntos de apoyo para dar una solución distinta. Finalmente, aun aquellas normas del Código Bustamante que contienen una regulación razonable, a menudo pierden su valor, a consecuencia de una excepción prevista en favor del «Derecho local». Las abundantes reglas del Código, si se las mira más detenidamente, se muestran muchas veces como una maraña de fórmulas vacías, tras las cuales se oculta no otra cosa que la aplicación de la respectiva *lex fori*⁷.

La solución de la *lex causae* se vería, entonces, desplazada por la norma material del encabezamiento del artículo 1806 del Código Civil.

La doctrina venezolana justifica la prohibición del artículo 1806 del Código Civil en el carácter accesorio del contrato de fianza. De tal manera, la fianza no se extiende más allá de lo que debe el deudor principal ni constituirse bajo condiciones más onerosas⁸. De lo anterior cabría colegir que si lo pactado en función de garantía es diversa «en lo relativo al origen y extensión de las obligaciones que el garantizado pueda contraer» en favor de un tercero⁹, entonces no se tratará de un contrato de fianza, sino podría tratarse de un contrato de garantía y, como tal, no sujeto a la prohibición del artículo 1806 del Código

⁷ *Ibid.*, pp. 222 y ss.

⁸ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y garantías. Derecho Civil IV*. 19.^a, UCAB. Caracas, 2009, pp. 21 y ss. p. 33; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *El contrato de fianza en el Derecho venezolano*. Ediciones Fabreton. Caracas, 2001, pp. 54 y ss., pp. 134 y ss.

⁹ ZAMBRANO VELASCO: *ob. cit.*, p. 95.

Civil. Además de lo anterior, resulta llamativo lo anotado por la doctrina nacional en cuanto a la reductibilidad de la obligación del fiador en caso de violación del encabezamiento del artículo 1806 del Código Civil. En tal sentido, se ha señalado lo siguiente: «Pero además para que la fianza sea reductible, el fiado debe haberse comprometido en la ignorancia del carácter más oneroso de su compromiso; en efecto si se ha comprometido con conocimiento de causa existirá fianza más compromiso principal de garantía hasta concurso del excedente; nos encontraríamos *mutatis mutandis* en el mismo caso estudiado de la obligación natural, de la obligación nula de nulidad relativa o de una obligación nula por incapacidad, dada en conocimiento de causa»¹⁰.

Las ideas antes expuestas sugieren, entonces, que la voluntad de los contratantes será determinante a los efectos de conformar el ámbito de las obligaciones y derechos de las partes y que, según lo acordado y estipulado entre ellas, se tendrá un contrato de fianza o un contrato diferente, muy particularmente un contrato autónomo de garantía o garantía a primer requerimiento¹¹. De tal suerte, a estos últimos no se les aplicaría la prohibición del encabezamiento del artículo 1806 del Código Civil. Asimismo, vista la reductibilidad de la fianza en el caso del aparte único del referido artículo 1806 y del comentario antes transcrito, parece difícil de aceptar el calificativo de «orden público internacional» de la mencionada prohibición hecha en el artículo 212 del Código Bustamante. El artículo 1806 del Código Civil de 1942 reprodujo literalmente el texto del artículo 1885 del Código Civil de 1922¹², por lo que la prohibición en cuestión ya estaba en vigor para la fecha de suscripción y ratificación del Código Bustamante. En todo caso, sus orígenes pueden ubicarse en los artículos 1899 y 1900 del Código Civil italiano de 1865 y 2012 y 2013 del Código Civil francés de 1804¹³.

La disposición del artículo 212 del Código Bustamante, que no parece tutelar intereses del Estado o de la colectividad, sino exclusivamente los del fiador,

¹⁰ *Ibíd.*, p. 137.

¹¹ RODNER S.: *ob. cit.* (*Garantías independientes...*), pp. 45 y ss.

¹² ADRIÁN LA ROSA, Mariano: *Estudio comparativo del Código Civil de 1942, vigente, con el de 1922*. Caracas, 1943, p. 457.

¹³ ZULOAGA, Nicomedes: *Código Civil concordado*. Caracas, 1896, p. 219.

solo puede considerarse como un exceso en las concepciones territorialistas que inspiraron a SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE en la elaboración del citado Código, y ni siquiera puede considerarse como un principio de general aceptación entre nosotros en el caso de la fianza ni mucho menos para los contratos autónomos de garantía o de garantías a primer requerimiento que no participan del carácter accesorio del contrato de fianza.

De igual forma, la prohibición del encabezamiento del artículo 1806 del Código Civil no podría tomar asidero en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado para justificar la desaplicación de las normas del Derecho competente que permitan tal tipo de pactos o su estipulación según el Derecho venezolano fundados en que el resultado de la aplicación de tal Derecho o el pacto mismo producen «resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano»¹⁴. Las razones antes expuestas no permiten atribuirle a la citada norma el carácter de tal tipo de principio, dirigido tan solo a la tutela de intereses particulares de naturaleza relativa, pues, como vimos antes, la prohibición no es absoluta.

2. El reenvío en materia de obligaciones convencionales internacionales

El artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado regula el reenvío. Admite el reenvío de primer grado (primer aparte) y el de segundo grado en el caso particular de que el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente (encabezamiento). En los demás casos, no se admite el reenvío y se aplica el Derecho declarado competente por la norma venezolana de conflicto (último aparte). La Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado explica esto así:

Se ha considerado útil, en nombre de un principio de seguridad jurídica, establecer reglas definidas en materia de reenvío (artículo 4), determinando, por lo tanto, si la norma de Derecho Internacional Privado

¹⁴ Ver *supra* nota 4.

nacional remite exclusivamente al Derecho material extranjero –excluyéndose las normas de remisión–, o a la totalidad del Derecho extranjero, con inclusión de las normas de Derecho Internacional Privado. Tales reglas se limitan a aceptar con carácter general el reenvío simple y, en un caso especial, el reenvío ulterior. Acogen, como puede verse, el reenvío, cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del Derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes¹⁵.

En relación con lo anterior, ya antes hemos escrito que como regla general, la remisión hecha por las normas de conflicto venezolanas a un ordenamiento extranjero es global o máxima. Es decir, en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado, el Derecho extranjero reclamado como competente por las normas de conflicto venezolanas comprende la totalidad de las normas de ese Derecho extranjero, incluyendo sus normas conflictuales extranjeras, las cuales funcionarán antes de que actúen las normas materiales de ese Derecho extranjero, sin perjuicio de que las normas de aplicación inmediata o necesaria y de las normas materiales de Derecho Internacional Privado del foro sean de aplicación preferente a las normas de conflicto del foro¹⁶.

Por ello es que serán las normas conflictuales extranjeras las que, en la regularidad de los casos, señalarán el Derecho, nacional o extranjero, aplicable al caso. Sin embargo, la aplicación del Derecho señalado por la norma de conflicto extranjera quedará sometida a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto *ex* artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

A pesar de la admisión del reenvío en los casos antes indicados, surge la cuestión de saber si efectivamente la remisión hecha por la norma venezolana

¹⁵ DE MAEKELT, Tatiana B. *et al.*, *Material de clase para Derecho Internacional Privado*. T. I. UCV. Caracas, 2006, p. 81.

¹⁶ Aquí seguimos lo expuesto en HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado». En: *Cuadernos Unimetanos*. Universidad Metropolitana. Caracas, 2007, pp. 227 y ss., esp. pp. 236 y ss. Ver también MONLEÓN, Nicole: *Das neue internationale Privatrecht con Venezuela*. Mohr Siebeck. Tübinga, 2008, pp. 85 y ss.

de conflicto, a tenor del artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es siempre una remisión máxima o global. El artículo 4 está formulado en términos absolutos. No contempla excepciones expresas como lo hace, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley italiana N.º 218 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado de 1995¹⁷.

Para dar respuesta a esta interrogante parecería razonable y técnicamente apropiado acudir al dispositivo contenido en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. De tal forma, el Derecho extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Así tendríamos que, aun cuando el artículo 4 *eiusdem* no contempla excepciones expresas al principio de remisión global o máxima a un Derecho extranjero hecho por la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del artículo 4 y del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado conduce a negar el principio de la remisión global o máxima y aceptar como excepción la remisión mínima en aquellos casos en que la remisión global,

¹⁷ El reenvío no se admite en los siguientes casos: a. en los casos en los cuales las disposiciones de la presente ley declaran aplicable la ley extranjera con fundamento en la selección efectuada en tal sentido por las partes interesadas; b. respecto a las disposiciones concernientes a la forma de los actos; c. en relación con las disposiciones del Capítulo XI del presente Título (Donaciones); d. en los casos de los artículos 33 (Filiación), 34 (Legitimación) y 35 (Reconocimiento de hijo natural), no se tiene cuenta del reenvío sino cuando conduce a la aplicación de una ley que permite el establecimiento de la filiación; e. en todos los casos en los cuales la presente ley declara aplicable una convención internacional (artículos 42 protección de menores; 45 obligaciones familiares alimentarias; 57 obligaciones convencionales; 59 títulos de crédito), se sigue siempre, en materia de reenvío la solución adoptada por la convención. El texto de la Ley italiana (del 31-05-95, N.º 218) puede verse en *IPRax* 1996, pp. 356 y ss. (italiano y alemán). En general, ver PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «El reenvío en la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995». En: *Curso general de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. 3.ª, UCV. Caracas, 1998, pp. 397 y ss.; POCAR, Fausto: «Das neue italienische Internationale Privatrecht». En: *IPRax* 1997, pp. 145 y ss., 150 y 151; MOSCONI, Francesco: «Articolo 13». En: *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Cedam. Milán, 1995, pp. 956 y ss.

es decir, la posibilidad de intervención de normas de conflicto extranjero en la determinación del Derecho aplicable, impidiese la realización de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. De esta forma, la solución venezolana se aproximaría a la solución contenida en el artículo 4(1) de la Ley de Introducción al Código Civil alemán. Tal disposición consagra, como principio, la remisión máxima o global y, por ello, la aplicación de las normas de conflicto de la *lex causae* «en tanto que ellas no sean contrarias al sentido de la regla de conflicto alemana»¹⁸.

Se trata del reconocimiento de una situación de «materialización» de las normas de conflicto. La norma de conflicto, en supuestos particulares, persigue objetivos específicos de Derecho material, un resultado determinado desde el punto de vista del Derecho material. De tal manera, el reenvío sería inadmisibles o, mejor dicho, la remisión hecha por la norma de conflicto del foro sería mínima, si el reenvío o la aplicación de las normas conflictuales extranjeras conducen a resultados incompatibles con el objetivo de Derecho material (sustantivo) perseguido por la norma de conflicto del foro.

La referencia contenida en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no puede entenderse como hecha al objetivo perseguido por el conjunto de las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado¹⁹. Lo que exige la norma consagrada en el artículo 2 es que para cada caso particular, para cada norma venezolana de conflicto, se determine cuál es el objetivo

¹⁸ La disposición equivalente en el Derecho alemán a la solución venezolana en materia de reenvío, producto de la interacción de los artículos 4 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es, como se señaló, el artículo 4(1) de la Ley de Introducción al Código Civil. Tal disposición ha generado polémica en ese país y muy interesantes estudios, de entre los cuales cito el trabajo de SCHMIDT, Konrad: *Die Sinnklausel der Rückverweisung und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1, Satz 1 EGBGB*. Peter Lang, Frankfurt et al., 1998.

¹⁹ Para otros criterios ver en general MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Reenvío». En: Tatiana B. DE MAEKELT et al., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. T. I. UCV. Caracas, 2005, pp. 213 y ss., esp. pp. 226 y ss. Ver también RUIZ, María Alejandra: «El reenvío en el ordenamiento jurídico venezolano». En: *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, pp. 557 y ss.

perseguido. Así, se procede a determinar los objetivos para el supuesto específico regulado en la particular norma de conflicto venezolana de que se trate.

Ahora bien, en lo tocante al reenvío en materia de obligaciones convencionales hay que comenzar por precisar cuál es el ámbito de aplicación del Derecho competente. En este sentido, el artículo 14 de la Convención de México es útil al establecer que el Derecho aplicable al contrato en virtud de lo establecido en el Capítulo Segundo de dicha Convención (artículos 7 al 10) regulará principalmente –por lo tanto, de manera enunciativa– lo siguiente: a. su interpretación; b. los derechos y las obligaciones de las partes; c. la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d. los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones, y e. las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Dicha disposición funcionará también para los casos no cubiertos por la referida Convención, considerando al artículo 14 como principio generalmente aceptado de Derecho Internacional Privado. En la doctrina venezolana, hay acuerdo en afirmar que en materia de Derecho aplicable a las obligaciones convencionales no hay reenvío, ya sea que se trate de la determinación del Derecho aplicable mediante uso de la autonomía conflictual (ex artículo 7 de la Convención de México o artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado). Igual se afirma en caso de determinación del Derecho aplicable mediante el criterio de los vínculos más estrechos o más directos (según el artículo 9 de la Convención de México o del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado)²⁰. En igual sentido, el artículo 17 de la misma Convención excluye el reenvío de manera general.

²⁰ Ver GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *El contrato internacional*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, pp. 241 y ss.; MADRID MARTÍNEZ: ob. cit., p. 227. Ver de la literatura más reciente MANKOWSKI, Peter: «*A very special type of renvoi in contemporary Private International Law. Article 4 Ley de Derecho Internacional Privado of Venezuela in the light of recent developments*». En: *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, pp. 679 y ss.

La exclusión del reenvío en los casos de determinación del Derecho aplicable por las partes contratantes es una constante en el Derecho comparado²¹. Se trata aquí de darle preferencia a la protección de las legítimas expectativas de las partes, quienes con la elección del Derecho aplicable buscan la certeza de conocer la extensión de sus derechos y obligaciones, así como la previsibilidad del resultado en caso de controversias relacionadas con el contrato. Admitir el reenvío, en este caso, sería contradecir lo buscado por las partes y protegido al admitir la autonomía conflictual en esta materia²². Desde el punto de vista teórico, sin embargo, es posible que las partes, en forma expresa, seleccionen el Derecho competente, incluyendo sus normas de conflicto. En este caso, la doctrina venezolana expresa, con acierto, que «el respeto (a) la autonomía de la voluntad impondría respetar la escogencia; pero, sin duda²³ alguna, se trata de una hipótesis eminentemente teórica». La razón es que, al elegir el Derecho aplicable e incluir sus normas de conflicto, la elección del Derecho competente que se pretende hacer no sería tal, pues la determinación del Derecho aplicable se haría de manera indirecta por vía de las normas conflictuales del Derecho escogido y no directamente mediante la expresión de la voluntad de los contratantes. Pero todo es posible.

En cuanto a la exclusión del reenvío, cuando la determinación del Derecho competente se hace mediante la noción de los vínculos más estrechos o más directos (según el artículo 9 de la Convención de México o del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado), hay que partir de la premisa de que en estos casos la determinación del Derecho competente no se realiza mediante la metodología conflictual, sino que la remisión al eventual Derecho extranjero se efectúa mediante una metodología distinta que se identifica con las expresiones «derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos» (artículo 9 de la Convención de México) o «Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas» (artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado). En estos casos, la tarea del intérprete es

²¹ PARRA-ARANGUREN: ob. cit., p. 405.

²² Por todos ver GIRAL PIMENTEL: ob. cit., pp. 243 y ss.

²³ PARRA-ARANGUREN: ob. cit., p. 405, nota 47.

efectuar «un examen cuidadoso»²⁴ de todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho con el cual el contrato presente los referidos vínculos más estrechos o más directos, según el caso. Luego de efectuado tal examen, «resultaría un manifiesto desacato a la voluntad del legislador, admitir el reenvío a otra legislación, a pesar de que la prohibición no se encuentre expresamente consagrada»²⁵ en la Ley de Derecho Internacional Privado. En este mismo sentido, se puede afirmar que admitir el reenvío en estos casos es ilógico, pues no puede concebirse un Derecho más estrechamente vinculado o más directamente vinculado con el contrato que aquel que está más estrechamente vinculado o más directamente vinculado con el referido contrato. Es decir, si el Derecho competente es el Derecho más estrechamente o más directamente vinculado con el contrato será ese Derecho y no otro el que lo regule. Creemos, por lo tanto, que el reenvío queda excluido cuando se trate de asuntos puramente obligacionales relativos a una garantía independiente a primer requerimiento²⁶.

3 El Derecho anacional aplicable a las obligaciones convencionales internacionales

Una de las contribuciones más importantes del profesor RODNER en materia de contratos internacionales ha sido su constante dedicación al examen de las soluciones materiales aplicadas a diferentes tipos de contratos y modalidades de contratación internacionales. Entre ellas, especialmente debe mencionarse su examen de las soluciones materiales recogidas, ya sea en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la CCI o las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios²⁷.

²⁴ *Ibíd.*, p. 414.

²⁵ *Ibíd.*, p. 415.

²⁶ Ver, sin embargo, RODNER S.: *ob. cit. (Garantías independientes...)*, p. 299.

²⁷ *Ibíd.*, p. 63, nota 38; pp. 265 y ss.; pp. 275 y ss.; pp. 278-299.

En este sentido, quisiéramos rescatar unas ideas que expusimos hace un par de años sobre este tema en un trabajo que, para su mala fortuna, ha circulado con muy poca notoriedad y solo en el extranjero²⁸, pero que hoy para un homenaje al profesor RODNER, en vista de su interés por estos asuntos bien vale la pena citarlas. Esas ideas van como sigue y que se corresponden con las ideas del profesor RODNER sobre la materia.

En materia de contratos internacionales se presenta la inconformidad con la regulación material de los mismos mediante normas de origen estrictamente nacional, ya sea que el Derecho competente sea el resultado del ejercicio de la autonomía conflictual o de cualquier otra vía de determinación del Derecho nacional que regula el tema contractual. Se abre entonces la posibilidad de que, abandonando la solución netamente conflictualista, actúen normas materiales de manera directa. Pero, más aún, que las normas materiales no sean creación de un legislador nacional. Este es el caso de la solución adoptada en el artículo 10 de la Convención de México y del artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Con ligeras diferencias, la fórmula utilizada en ambas disposiciones es la misma. Ellas establecen lo siguiente: «Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y 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». También contribuye a darle especificidad a ese Derecho no nacional o anacional el texto del artículo 9 de la Convención de México, que también se encuentra en el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que utiliza la expresión «principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales».

Ahora bien, aún para el caso de que las partes hayan hecho uso de la autonomía conflictual para determinar el Derecho aplicable a un contrato internacional,

²⁸ Aquí seguimos lo expuesto en HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quéééé...?». En: *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. D. FERNÁNDEZ-ARROYO y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, directores. Buenos Aires, 2016, pp. 137 y ss., esp. pp. 145 y ss.

el artículo 10 de la Convención de México y el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado han previsto que se aplicarán, además, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación. Lo anterior se hace con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

En particular, autores como el profesor PARRA-ARANGUREN, delegado venezolano a la CIDIP-V, donde se suscribió la Convención de México, afirman que, en virtud de las disposiciones antes mencionadas, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT «abandonan el campo académico para convertirse en factor determinante en la solución de las controversias derivadas del comercio mercantil internacional; gracias a la muy reciente Convención Interamericana aprobada en México se abren fecundos horizontes para el respeto y aplicación de los Principios del Derecho Comercial Internacional, no solo cuando han sido aceptados por los organismos internacionales, sino también si se encuentran en vías de elaboración y representen el procedimiento más adecuado para atender las nuevas modalidades de contratación internacional, surgidas como consecuencia del desarrollo cada vez más intenso del comercio internacional»²⁹.

Igualmente, la profesora DE MAEKELT, quien fuera subsecretaria General de la Organización de Estados Americanos (OEA), refiriéndose al artículo 10 de la Convención de México, como antes se dijo también recibido en Venezuela como artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, afirmó lo siguiente: «Si el contrato incluye una cláusula con la determinación del Derecho interno aplicable, el tribunal podrá aplicar los Principios (nota del autor: UNIDROIT) para complementar este Derecho interno, para interpretarlo o hasta para sustituirlo, cuando sus disposiciones resultarán evidentemente superadas e inadecuadas»³⁰.

²⁹ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «Aspectos de Derecho Internacional Privado en los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por el UNIDROIT». En: *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. UCV. Caracas, 1998, pp. 315 y ss., esp. p. 328.

³⁰ DE MAEKELT, Tatiana B.: «Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho». En: *El Derecho Internacional en tiempos de globalización*.

Por tanto, junto a la aplicación del Derecho venezolano escogido por las partes en virtud del principio de autonomía conflictual, reconocido en el artículo 7 de la Convención de México y en el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se deberán tomar en cuenta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Convención de México y en el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, «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». De tal forma, entre tales principios del Derecho Comercial Internacional habrán de jugar un papel principal los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT³¹.

Se trata, entonces, de un intento por identificar o listar algunas –y no todas– las formas de expresión o de manifestación de la *lex mercatoria*, a pesar de que ni la Convención de México ni la Ley de Derecho Internacional Privado utilizan tal expresión, y sin que se trate de restringir esa normativa limitándola a aquella que pueda tener su origen en tratativas entre comerciantes o que surja o haya surgido espontáneamente de la actividad comercial internacional, como, por ejemplo, la que emana de los organismo internacionales, como la CCI o la CNUDMI. Se trata de un listado enunciativo –e insistimos, no taxativo o limitativo– que es lo que corresponde a un Derecho móvil y en constante elaboración, siendo estas características principales del llamado nuevo Derecho del Comercio Internacional. Lo cierto del asunto es

Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda. T. I. ULA. C. E. FEBRES FAJARDO, coord. Mérida, pp. 209 y ss., esp. p. 220.

³¹ Ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «El Derecho Privado Internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano». En: *v Jornadas Aníbal Dominici. Títulos valores, contratos mercantiles, homenaje Dr. José Muci-Abraham*. S. YANNUZZI y J. G. SALAVERRÍA L. coords. Caracas, 2014, pp. 209 y ss.; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Un contrato internacional sometido al Derecho venezolano y la *lex mercatoria*». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. C. MADRID MARTÍNEZ, coord. Caracas, 2012, pp. 333 y ss.; OCHOA MUÑOZ, Javier «Aplicación de la *lex mercatoria*». En: DE MAEKELT, Tatiana B. et al.: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. T. II. UCV. Caracas, 2005, pp. 805 y ss.

que ese nuevo Derecho no requiere de la intervención de los Estados y de sus poderes públicos para existir. Cuestionable es si para su efectividad, para su aplicación real en la solución de casos concretos, es necesario un reconocimiento expreso de tal Derecho por parte de los órganos de Estado, como podrían ser el Poder Legislativo o los tribunales u órganos jurisdiccionales³². La respuesta se impone en la afirmativa, tal Derecho solo se impone en la medida en que cada Estado así lo reconozca. En todo caso, la coexistencia entre normas conflictuales y normas materiales de Derecho Internacional Privado de fuente no estatal no es ni será fácil. Y con esto no es que queramos excluir una u otra metodologías, sino más bien propiciar su interacción, la cual consideramos saludable y beneficiosa para el mejor tratamiento de los casos jurídicamente internacionalizados. Pero los mejores deseos por una más eficiente y adecuada solución de los casos de Derecho Internacional Privado se libran de las dificultades prácticas que impone la rigidez conceptual con la que a veces nos aproximamos al examen de los problemas jurídicos. Por esto es que no dudo en calificar a ese nuevo Derecho del Comercio Internacional, o nueva *lex mercatoria*, como un «monstruo», ya que así es que me imagino debe ser la reacción de los puristas y también de los no familiarizados con el tema, al oír hablar de este Derecho transnacional de fuente no estatal. Para combatir estos prejuicios, la obra del profesor RODNER se coloca en la primera fila de combate.

Para quienes no crean los asertos anteriores, me permito relatar dos experiencias personales, que espero sirvan para ilustrar mi posición³³. Hace unos años redacté unos contratos relacionados con la venta de acciones en una sociedad venezolana. En particular, el contrato de venta de acciones lo celebraron una persona natural de nacionalidad estadounidense, domiciliado en California, como comprador, y una sociedad constituida y domiciliada en Aruba, como vendedora. El contrato se celebró en Aruba. Las partes se sometieron a arbitraje en Aruba y como Derecho aplicable se eligieron los Principios sobre

³² De la jurisprudencia venezolana relativamente reciente puede verse: TSJ/SCC, sent. N.º 738, del 02-12-14, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>.

³³ HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho...»), p. 147.

los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT, sin que se incluyera la aplicación simultánea o subsidiaria de cualquier Derecho nacional. Cuando se presentó la controversia entre las partes, la compradora presentó demanda ante tribunales de Aruba. La parte demandada recurrió a abogado en Aruba, el cual, al ser instruido en cuanto al Derecho elegido, preguntó, en primer lugar, qué cosa eran esos Principios y, en segundo lugar, si le podíamos enviar copia de los mismos. Intuyo que esas preguntas fueron, tan solo, una forma algo más complicada de decir: «¿De ¡quéeee! (...&/=...**.*) me están hablando?». Al final, ambas partes presentaron sus alegatos bajo el Derecho de Aruba y sin el menor asomo o referencia a esa cosa tan espantosa como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT. Sobra decir que el honorable Tribunal se sintió muy a gusto con la decisión práctica de las partes, que le evitó adicionales dolores de cabeza al tener que examinar el caso.

La otra experiencia tiene que ver con un contrato entre una sociedad venezolana y un grupo de compañías, entre las que había algunas extranjeras. El contrato fue celebrado en Venezuela y debía ejecutarse parcialmente en Venezuela. Las partes eligieron someter el contrato a Derecho venezolano y las controversias a arbitraje en Nueva York. En la segunda ronda de alegatos, las demandantes invocaron los mismos Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT como forma de expresión de la llamada nueva *lex mercatoria*, a tenor del artículo 10 de la Convención de México, los cuales complementaban de manera satisfactoria las normas materiales venezolanas. Pues bien, la demandada casi calificó a esos Principios como una suerte de creación monstruosa propia de algún aquelarre reunido en las horas más oscuras de una noche de brujas. La verdad es que creo que le tenemos –por lo menos– mucha desconfianza a la nueva *lex mercatoria* cualquiera que sea su forma de manifestación.

Conclusión

Para superar muchas de las deficiencias antes anotadas se impone la difusión coordinada de las soluciones materiales y de las teorías del Derecho Internacional Privado. Ese juego armónico no es frecuente entre los autores venezolanos.

Solo en obras de autores que entiendan el valor práctico del Derecho Internacional Privado, como en la novísima obra del profesor RODNER que aquí comentamos. Es que se descubre en todo su esplendor la gran preocupación humana que trasciende en el espíritu renovador que inspira a la normativa venezolana de Derecho Internacional Privado. Para ello, es ineludible valerse de una obra tan importante como la del profesor RODNER, a quien le rendimos hoy muy merecido homenaje.

* * *

Resumen: El autor aprovecha la última obra del profesor RODNER S.: *Garantías independientes a primer requerimiento*, para comentar tres tópicos relacionados con el Derecho Internacional Privado y así rendirle un merecido homenaje. En concreto reflexiona sobre los contratos autónomos de garantía y fianza, así como el reenvío y el Derecho anacional aplicable a las obligaciones convencionales internacionales. **Palabras clave:** Derecho anacional, garantía, fianza, reenvío. Recibido: 18-11-19. Aprobado: 27-12-19.