

La *lex mercatoria* como fuente del Derecho y su rol en el Derecho Internacional Privado en Venezuela

Rubén Darío VALDIVIESO RUÍZ*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 763-776.

SUMARIO

Introducción 1. Generalidades 1.1. ¿Qué se entiende por *lex mercatoria*? 1.2. Origen 1.3. Contenido 2. La costumbre y la *lex mercatoria* como fuentes del Derecho 3. Rol de la *lex mercatoria* en nuestro sistema jurídico. Conclusiones

Introducción

En este escrito, abordamos tres objetivos principales, a saber: el desarrollo de la noción de *lex mercatoria*, la relación de esta con la costumbre internacional y el rol de la *lex mercatoria* en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Para lograr estos objetivos, hemos estructurado el presente ensayo en tres capítulos, en cada uno de los cuales se desarrollará un aspecto de los *supra* señalados.

En primer lugar, en el apartado titulado «Generalidades» hablaremos sobre lo que debemos entender por *lex mercatoria*. Como segundo aparte, dentro

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor de Derecho romano. Abogado en Rodner, Martínez & Asociados.

James Otis RODNER fue uno de los primeros autores en hablar de la *lex mercatoria* en Venezuela. Así, en su libro: *El crédito documentario*, publicado en 1989, dedica parte de un capítulo a desarrollar este tema. Volviendo a tratar el mismo en su libro *La globalización, un proceso dinámico*, publicado en el año 2001. Dedico este artículo al Dr. James RODNER, de quien he tenido la oportunidad de aprender; primero, a través de sus escritos durante mi época de estudiante y luego, teniendo el privilegio de formar parte de su equipo de trabajo.

de este mismo punto, trataremos el origen de la misma y, por último, de las formas en que esta se manifiesta.

En segundo lugar, nos referiremos a la relación existente entre la costumbre como fuente del Derecho Internacional Público, y la *lex mercatoria* como posible fuente del Derecho Internacional Privado venezolano. En este segundo punto, también analizaremos brevemente la relación entre estas dos instituciones en el marco del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Como tercer y último apartado, examinaremos el rol o ámbito de aplicación de la *lex mercatoria* en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, haciendo especial referencia a los artículos 29 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado.

1. Generalidades

Antes del desarrollo de este breve ensayo, nos hemos propuesto abordar, de forma preliminar, lo que hemos dado en denominar «la cuestión terminológica». Con esto, buscamos hacer un pequeño repaso sobre el término que usaremos a lo largo de esta exposición para referirnos al objeto de la misma, se trata, entonces, de lo que se ha denominado como *lex mercatoria*. En la doctrina, así como no hay un concepto o noción clara sobre lo que debe entenderse por *lex mercatoria*, tampoco encontramos una terminología única para referirse a la misma. Por esto, cuando mencionemos el término *lex mercatoria*, debe entenderse que nos referimos a esa institución extraña, que nació como un derecho de clase, universalista, que estuvo a punto de desaparecer y que renació luego de la Segunda Guerra Mundial, y que algunos llaman *Soft Law*¹ y que trataremos de desarrollar de forma concreta en este pequeño escrito².

¹ HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Universalismo y nacionalismo en el Derecho Internacional Privado». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 146. Caracas, § 36, http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2008/BolACPS_2008_146_571-592.pdf.

Vid. en este número de la *Revista*: SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando: «*Soft Law*. Derecho y terminología», pp. 409 y ss. [Nota del editor].

² Las referencias debidas a cada uno de estos aspectos y afirmaciones se harán a lo largo del ensayo por lo que este párrafo es una mera referencia a la terminología

1.1. ¿Qué se entiende por *lex mercatoria*?

Como primer punto, consideramos necesario abordar ciertos ítems que deben tenerse presentes para lograr un mejor panorama del punto a tratar. Así, hablaremos, en un primer momento, de la noción de *lex mercatoria*, esto quiere decir que definiremos lo que entendemos cuando nos referimos a este término a lo largo de este ensayo; luego, haremos una brevísima alusión al origen de esta institución y, por último, mencionaremos algunas formas en las que la *lex mercatoria* se manifiesta.

El concepto de *lex mercatoria* varía según el autor consultado. Sin embargo, la jurisprudencia ha recogido definiciones parciales de esta institución, por lo que, dentro de la escasa jurisprudencia existente sobre este particular, solo se han definido algunas manifestaciones de la misma; por esto, apuntaremos la jurisprudencia cuando toquemos este segundo particular. Sin embargo, cabe resaltar que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado lo siguiente:

Lo último de lo indicado, es lo que ha venido denominándose en la doctrina relativa al Derecho Internacional Privado como *lex mercatoria*. Leyes de carácter privado, no coercibles, cuyo cumplimiento no es impuesto, sino que tienen efectiva vigencia en la práctica. Aceptadas y obedecidas voluntariamente por los intervinientes en el Derecho Comercial Internacional. Recopiladas por organizaciones internacionales que desempeñan actividades mercantiles³

En cuanto a la doctrina, algunos autores, como MADRID MARTÍNEZ, señalan que al no tratarse de un concepto unívoco no puede darse una definición precisa del mismo, por lo que recurre a una noción descriptiva de las características comunes que revisten los variados elementos que, agrupados, integran la *lex mercatoria*⁴. Así, para MADRID MARTÍNEZ, las características

y el objetivo perseguido, el cual es ofrecer una visión más o menos integral de la *lex mercatoria* y su rol en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado.

³ TSJ/SCC, sent. N.º 738, del 02-12-14.

⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Notas sobre la *lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos». En: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro homenaje a Roberto Díaz*

comunes de estos elementos son: el carácter anacional⁵ de sus componentes y la falta del carácter coactivo *per se* de los mismos. FERNÁNDEZ ROZAS, define la *lex mercatoria* como un «Derecho de los negocios internacionales» y recurre al origen de este Derecho para definirlo; dando, entonces, una definición descriptiva desde el punto de vista histórico⁶. RODNER, por su parte, define a la *lex mercatoria* desde un punto de vista funcional. La función de esta es la armonización del Derecho Comercial Internacional, esto, mediante la interpretación uniforme de la misma⁷. Este proceso, además, ayuda a la «creación», o formación de estas normas autónomas⁸.

Visto lo anterior, se entiende lo señalado por MADRID MARTÍNEZ cuando dice que uno de los principales problemas de la *lex mercatoria* viene dado por la imposibilidad de dar una definición o concepto de la misma⁹. Sin embargo, creemos que la definición dada por FRIGNANI es adecuada, pues, aunque sigue siendo descriptiva y enfatiza el carácter de costumbre con el que nació la *lex mercatoria*, restringe un poco los elementos que puedan considerarse parte de ello. La definición *in commento* entiende la *lex mercatoria* como «el cuerpo de reglas concernientes al comercio internacional comúnmente aplicadas por los mercaderes con la convicción de que

Labrano. CEDEP. Asunción, 2013, p. 1, <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/cmm-lex-mercatoria-1-copy.pdf>.

⁵ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit., p. 1, sigue en este sentido lo señalado por RODNER: «Derecho anacional es, por definición, un sistema jurídico no vinculado a Estado soberano alguno».

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Un nuevo mundo jurídico: La *lex mercatoria* en América Latina». En: *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*. UNAM. México D. F., 2006, p. 61, «El actual Derecho de los negocios internacionales ha surgido de la práctica de comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con diversos niveles de desarrollo».

⁷ RODNER S., James Otis: *Las obligaciones en moneda extranjera*. Editorial Sucre. Caracas, *passim*. Véase nuevo capítulo 4, p. 6, <http://rodner.net/LibrosBooks/OME-Capitulo4.pdf>.

⁸ DE MAEKELT, Tatiana: *Teoría general del Derecho Internacional Privado*. 2.ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014, p. 81.

⁹ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit., p. 1.

se trata de reglas de Derecho, o al menos de que los demás se comportarán observando estas reglas»¹⁰.

1.2. Origen

En este segundo momento, al hablar sobre el origen de la *lex mercatoria* encontraremos que es nota común entre los autores situar este dentro de la comunidad de los comerciantes durante la Edad Media, como respuesta a los obstáculos al comercio durante el feudalismo¹¹. Sin embargo, se estima que la *lex mercatoria* ha avanzado a pasos agigantados desde la Segunda Guerra Mundial con un carácter más universal y sin importar el sistema político, jurídico (*Common Law* o *Civil Law*), o económico del Estado en el que se encuentren las partes¹².

Este desarrollo ha sido posible, según PARRA ARANGUREN, por basarse la *lex mercatoria* en tres principios fundamentales: autonomía de las partes, *pacta sunt servanda* y arbitraje¹³. Esta concepción, sin embargo, tiene consecuencias prácticas, según veremos más adelante.

1.3. Contenido

Ahora, veremos los elementos que conforman la *lex mercatoria*. Como formas principales de manifestación de la *lex mercatoria* encontramos los Incoterms; sobre estos, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

Incoterms (siglas en inglés para International Commercial Terms), los cuales constituyen fórmulas contractuales verdaderas del comercio internacional dado su alto grado de especialidad¹⁴.

¹⁰ Citado en MATUTE MORALES, Claudia. «La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional». En: *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*. N.º 27. UC. Valencia, 2004, p. 10. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-4.pdf>.

¹¹ DE MAEKELT: ob. cit., p. 80.

¹² PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Curso general de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. 3.ª, UCV. Caracas, 2000, p. 70.

¹³ Ídem.

¹⁴ Véase: Organización Mundial del Comercio, <http://www.wto.org>.

Los Incoterms, pues, se perfilan como uno de los más vivos ejemplos de la *lex mercatoria* moderna, consisten en recopilaciones de usos comerciales internacionales y la elaboración de reglas y códigos de conducta que facilitan el intercambio de mercancías, cuya observancia es obligatoria, en tanto las partes contratantes en la compraventa internacional así lo acuerden al momento de su celebración¹⁵.

Otra de las manifestaciones de la *lex mercatoria* son los Principios UNIDROIT, los cuales son recopilados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, cuya versión más reciente data de 2010¹⁶.

También forma parte de esta nueva *lex mercatoria* las leyes modelos, como lo ha señalado la jurisprudencia:

En ese sentido, adhiriendo a la posición del Dr. ARAQUE BENZO, se debe señalar que la Ley Modelo de UNCITRAL establece «muchos de los usos y costumbres mercantiles y por tanto parte importante de esas normas que se denominan genéricamente *lex mercatoria* que tanta importancia pueden llegar a tener en la solución de los problemas mercantiles a nivel tanto nacional como internacional¹⁷.

Pero estos no son los únicos elementos que integran la *lex mercatoria*, según veremos infra cuando hagamos referencia a los artículos 29 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado.

2. La costumbre y la *lex mercatoria* como fuentes del Derecho

En el desarrollo de este punto es necesario tener presente el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁸, el cual establece las fuentes de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado:

¹⁵ Corte accidental «B» de Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sent. N.º 2012-B-004, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/octubre/1478-25-AP42-G-2008-000099-2012-B-0004.html.

¹⁶ Para mayor información ver: <http://www.unidroit.org/>.

¹⁷ Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. N.º 711, <http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/2139-7-ap71-r-2012-000711-.html>.

¹⁸ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 511, del 06-08-98.

Artículo 1.- Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior, debemos discutir acerca de las fuentes del Derecho Internacional Público. Esto es necesario pues allí es donde podemos encontrar las normas jurídicas sobre las materias relacionadas con el Derecho Internacional Privado.

En doctrina, existe, aún, una discusión acerca de las fuentes del Derecho Internacional Público, en el sentido de si estas fuentes están recogidas en alguna norma o no. De estar recogidas en una norma, ¿esta norma establece una prelación entre ellas? En este caso, sin embargo, dejaremos de lado esta discusión y entenderemos que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹ consagra el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público²⁰.

¹⁹ «Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; c. los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren».

²⁰ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Las normas de Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado venezolano». En: *Addendum 2001. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2002, p. 210. Sin embargo, hacemos la salvedad, que, aunque partimos de la hipótesis acerca de que la norma señalada (artículo 38 del Estatuto) consagra el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público, estimamos, a diferencia de MADRID MARTÍNEZ, que esta norma no establece una prelación en las

Ahora bien, en cuanto la prelación de las fuentes señaladas, estimamos que, si bien la doctrina aún se encuentra dividida acerca de si esta norma establece la prelación de las fuentes del Derecho Internacional Público o no, consideramos que el artículo *in commento* no establece la referida prelación.

Ahora bien, dentro de las fuentes del Derecho Internacional Público, existen dos grandes especies: la primera, los tratados internacionales; la segunda, la costumbre. Sobre la costumbre señala BONNEMAISON que es la fuente más antigua del Derecho y que para ser tal se requiere que esta cumpla con los requisitos de: *inveterata consuetudo*, o elemento material u objetivo, que consiste en la repetición del mismo comportamiento durante un periodo extendido, y *opino iuris seu necessitatis*, o elemento psicológico o subjetivo, que consiste en el convencimiento de la fuerza vinculante u obligatoria de la costumbre²¹. Siguiendo esta misma línea, cabe señalar que son los Estados²², en cuanto sujetos del Derecho Internacional Público, los que deben llenar estos extremos a la hora de crear una costumbre en el ámbito del Derecho Internacional Público.

De lo anterior se deduce, siguiendo la tesis expresada por HERNÁNDEZ-BRETÓN²³, que no podría entenderse que la *lex mercatoria* constituya costumbre internacional en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, es necesario resaltar que la costumbre internacional puede ser fuente del Derecho Internacional Privado, tal como señala BONNEMAISON²⁴. En aspectos fundamentales, como lo son: el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras, cooperación internacional y aplicación del

señaladas fuentes; acogiendo, de esta forma, la posición doctrinaria de Fermín TORO JIMÉNEZ señalada por MADRID MARTÍNEZ.

²¹ BONNEMAISON W., José Luis: *Curso de Derecho Internacional Privado*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2013, p. 65.

²² Aclaramos que no solo los Estados son sujetos de Derecho Internacional Público, sino que hay otros entes que tienen igual categoría, por lo que el término «Estados» en este caso, debe entenderse como: «los sujetos del Derecho Internacional Público» y no en un sentido literal.

²³ HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit., § 36. Posición similar adopta MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Las normas de Derecho...»), p. 217.

²⁴ BONNEMAISON W.: ob. cit., p. 66.

Derecho extranjero²⁵. Ejemplo de esta afirmación son las reglas señaladas por DE MAEKELT²⁶, *locus regit actum*, *lex rei sitae*, *lex forit regit processum* y autonomía de las partes en materia contractual que, a pesar de estar consagradas en tratados internacionales, tienen un origen consuetudinario.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, la doctrina adopta diferentes posiciones en cuanto al rol de la *lex mercatoria* como fuente del Derecho Internacional Privado. En esta discusión, se encuentran posiciones doctrinarias contrapuestas, tal como la planteada por GUERRA HERNÁNDEZ²⁷, en cuanto a que la *lex mercatoria* es una fuente formal de Derecho de naturaleza internacional; mientras que, por el contrario, para MADRID MARTÍNEZ, la *lex mercatoria* solo puede actuar cuando una norma de Derecho interno lo autorice²⁸. Por lo que el valor de la *lex mercatoria* dependerá de la posición acogida.

3. Rol de la *lex mercatoria* en nuestro sistema jurídico

Ahora bien, habiendo discutido el carácter de fuente del Derecho Internacional Privado venezolano que reviste o no la *lex mercatoria*, debemos estudiar el rol de la misma dentro del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, aunque ya hemos visto algunos puntos relacionados con este particular.

La *lex mercatoria* puede ser aplicada en Venezuela en materia de obligaciones contractuales, pues así lo autoriza la Ley de Derecho Internacional Privado en sus artículos 30 y 31:

²⁵ Ídem.

²⁶ DE MAEKELT: ob. cit., pp. 79 y 80.

²⁷ GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo: «La nueva *lex mercatoria* en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado». En: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2003, pp. 338 y ss.

²⁸ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Las normas de Derecho...»), p. 218. Esta posición se deduce de lo escrito por la autora en cuanto a que la *lex mercatoria* es fuente del Derecho Internacional Privado venezolano no por ocupar una posición dentro del sistema de fuentes consagrado en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sino por imperativo de los artículos 30 y 31 de la misma.

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.

Artículo 31.- Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Estas normas de la Ley de Derecho Internacional Privado dan un mandato al juez para que tome en cuenta los usos y prácticas del Derecho Comercial Internacional a la hora de decidir una causa sometida a su conocimiento, pero en nuestro sistema jurídico existe una norma que impone esta misma obligación a los árbitros. Esta regla es el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial²⁹:

Artículo 8.- Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de Derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre al carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho.

Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles.

Teniendo en cuenta las normas señaladas, podemos concluir que, independientemente de la posición doctrinaria adoptada, la *lex mercatoria* es aplicable tanto por los tribunales como por los árbitros.

²⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 430, del 07-04-98.

Por otra parte, los artículos de la Ley de Derecho Internacional Privado *supra* transcritos evidencian la acogida, en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, de las soluciones consagradas en los artículos 9 y 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales³⁰. Esta Convención fue aprobada en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en México en 1994 y cuyos trabajos preparatorios empezaron en 1989³¹. Finalmente, en esta se discutió y adoptó la Convención, la cual fue ratificada por Venezuela³². Sin embargo, debemos referir que tanto la Convención señalada como las demás convenciones interamericanas ya no están vigentes para Venezuela³³.

En nuestro ordenamiento jurídico estas disposiciones permiten la aplicación de la *lex mercatoria* a la vez que determinan algunos de los elementos que la conforman. En este punto es necesario que regresemos a los primeros párrafos de este ensayo donde hablábamos de lo que se debe entender por *lex mercatoria* y las formas en que esta se manifiesta.

Los artículos de la Ley de Derecho Internacional Privado *supra* señalados permiten ver que el legislador entiende que la *lex mercatoria* se manifiesta de diversas formas, principalmente en principios, usos, costumbres y prácticas comerciales³⁴. Sobre este punto, debemos aclarar que existe una cierta

³⁰ HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit., § 36.

³¹ MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo: «La C.I.D.I.P.-V (México, 1994): Una nueva contribución al Derecho Internacional Privado». En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. N.º 5. UNED. Madrid, 1994, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1993-1994-5-D79797E2/PDF>.

³² *Vid.* Ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4974 extraordinario, del 22-09-95.

³³ TSJ/SCC, sent. N.º 187, del 30-05-19. Ver: SUÁREZ SCHANELY, Francisco Javier: «Venezuela: ¿Cese de las CIDIPs?», en <https://cartasblogatorias.com/2019/06/17/venezuela-cese-de-las-cidips/>.

³⁴ Para una mejor comprensión de este punto puede revisarse: GABALDÓN, Frank: «Principios, costumbres, usos, prácticas mercantiles y otras figuras». En: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2003, pp. 243-291.

discusión sobre los términos empleados por el legislador, usos y costumbre, el contenido y alcance de los mismos, pero dejando de lado estas discusiones, podemos entender que la doctrina señala que los usos son costumbres de carácter general, estos usos son de diversas características y cumplen con diferentes funciones, pudiendo ser normativos o interpretativos; por otro lado, la costumbre, en este caso en específico, debe entenderse como las conductas realizadas por las partes durante la ejecución de sus negocios³⁵. De esta manera, tendríamos dos formas diferentes de manifestación de la *lex mercatoria* adicionales a las antes señaladas.

Otro punto que debemos recordar es lo señalado por PARRA ARANGUREN (*supra* 1.2.), en cuanto a que la *lex mercatoria* se basa en tres pilares: voluntad de las partes o autonomía conflictual, *pacta sunt servanda* y arbitraje. Es en este último punto donde la *lex mercatoria* ha encontrado un mayor margen de aplicación y no solo en nuestro país sino en otros Estados³⁶. Pues es en este ámbito donde ha sido aplicada y tomada en cuenta en los diversos aspectos del arbitraje³⁷.

Ahora bien, a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, la *lex mercatoria*, reviste de una vital importancia en el ámbito de la contratación internacional, que es uno de los campos donde su aplicación ha crecido. Evidencia de esto puede ser encontrada en nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, pues las normas comentadas (artículos 30 y 31) se encuentran dentro de las normas que regulan los supuestos en que la relación jurídica sea una obligación contractual.

³⁵ BERMÚDEZ, José Rafael y MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Usos y costumbres: más allá del arbitraje y la *lex mercatoria*». *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*. Vol. I. UCAB-ULA-UCV-Universidad Monteavila-Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 285-337, <http://ve.ontier.net/ia/bermudez-y-madrid-martinez-usos-mercantiles.pdf>.

³⁶ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXI. Madrid, 2009, pp. 39-74, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/19920/1/derecho%20aplicable%20en%20arbitraje.pdf>.

³⁷ Ídem.

Consecuencia de lo anterior, es que la mayoría de la doctrina señala que en virtud del principio de la autonomía conflictual, las partes pueden someter sus relaciones a la *lex mercatoria*³⁸, es decir, que las partes pueden no escoger un Derecho nacional para regir sus contratos, sino que pueden someter su regulación a este conjunto de normas, usos y principios del Derecho Comercial Internacional; además, estas dos reglas ordenan a los operadores jurídicos que apliquen estas normas cuando sea necesario, por lo que pone en cabeza del juez la aplicación de la *lex mercatoria*.

Conclusiones

- i. La *lex mercatoria* es, según la jurisprudencia nacional, un conjunto de «leyes de carácter privado, no coercibles, cuyo cumplimiento no es impuesto, sino que tienen efectiva vigencia en la práctica. Aceptadas y obedecidas voluntariamente por los intervinientes en el Derecho Comercial Internacional. Recopiladas por organizaciones internacionales que desempeñan actividades mercantiles».
- ii. Aunque la costumbre es fuente del Derecho Internacional Público y puede serlo del Derecho Internacional Privado, y la *lex mercatoria* se asemeja esta, no son instituciones homologas, sino que, por el contrario, son instituciones diferenciadas; por este motivo, la *lex mercatoria*, aunque puede ser fuente del Derecho Internacional Privado, no se encuadra dentro del sistema de fuentes consagrado en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

³⁸ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Un contrato internacional sometido al Derecho venezolano y a la *lex mercatoria*». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 333-364, <http://ve.ontier.net/ia/madrid-contrato-internacional-lex-mercatoria.pdf>; 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. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 381-428; 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. 203-325.

iii. La *lex mercatoria* tiene diversas formas de expresión, o manifestación, entre ellas destacan: los principios UNIDROIT, los Incoterms, leyes modelos, contratos tipos, etc.

iv. En el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado la *lex mercatoria* tiene aplicación en virtud de los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, los cuales tienen su origen en los artículos 9 y 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

v. La *lex mercatoria* es aplicada mayoritariamente en arbitraje y en el área de la contratación internacional, siendo posible para las partes de un contrato someter este a las regulaciones de aquella.

vi. Los jueces venezolanos deben aplicar la *lex mercatoria* cuando las partes así lo hayan decidido; esto, para garantizar el respeto a la autonomía conflictual de las partes, pero no solo en este caso, pues también deben aplicar la *lex mercatoria* cuando del análisis de la controversia esta resulte ser relevante para resolverla. Esta misma conclusión es aplicable a los árbitros.

* * *

Resumen: El propósito del ensayo es analizar de forma breve el concepto de *lex mercatoria*, las formas en que esta se manifiesta y su rol en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, así como el ámbito de aplicación de la misma, entendiendo este último término, como los supuestos en los cuales la *lex mercatoria* resulta competente para regir relaciones jurídico-privadas que estén en contactos con otros ordenamientos jurídicos. También, busca exponer de forma breve la relación de la *lex mercatoria* con la costumbre internacional y la posible identidad de estos dos términos o instituciones en el sentido del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es decir, si la *lex mercatoria* puede o no considerarse una fuente del Derecho Internacional Privado venezolano. **Palabras clave:** Derecho Internacional Privado, sistema de fuentes, *lex mercatoria*, costumbre internacional. Recibido: 30-10-19. Aprobado: 19-12-19.