

José Luis Marín
Universidad de Antioquía, Colombia
jlmartin@mitra.udea.edu.co

La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías como *lex mercatoria*

Abstract

This article has been prepared in the context of a conference held on this subject. It has the purpose of showing the role of the Vienna Convention of 1980 regarding the international sale of goods in the development of international trade and its application to different national laws, either directly as a positive law, or as a merchant law or *lex mercatoria*. The purpose of all this is to show that although there are many countries that have not yet ratified this Convention, it does not imply that it cannot be applied in a subordinate manner in the event that we have to face a dispute that meets the characteristics of cases related with the international sale of goods.

Key words: *Lex mercatoria*, International private law, international contracts, international mercantile customary practices

Introducción

Consuetudo cum sit generalis facit jus

Abordar la discusión de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercancías (en adelante la Convención) como *lex mercatoria* es básicamente definir en qué momento aquella puede ser aplicada como tal, esto es, cuándo está en juego su aplicación y no existe una autorización expresa por parte del Estado o del ordenamiento jurídico que defina la utilización de la Convención en los eventos que aquella regula. Estamos pues en presencia de un litigio que se desarrolla en un ordenamiento jurídico de un Estado que no es parte de la Convención, pero que eventualmente posee recursos legales o normativos que pueden dirigir directa o indirectamente a su aplicación al litigio en mención.

Para entender mejor cómo se puede aplicar la Convención como *lex mercatoria*, es necesario comprender los orígenes tanto de la una como de la otra, para de esta forma poder definir con claridad en cuáles eventos es necesario

acudir a su aplicación. Es por ello que hemos desarrollado la temática en dos partes, una la histórica y la otra conceptual; ambas muestran cómo es posible desarrollar la temática en un orden coherente que cumpla con los propósitos del presente artículo.

Referente histórico

Una de las dificultades más grandes que han podido enfrentar las sociedades humanas en el transcurso de la historia ha sido aquella que está relacionada con la creación de un lenguaje que sea no sólo común a todos, sino de cierta forma estandarizado y mediante el cual pueda presentarse una comunicación efectiva entre los diferentes grupos sociales que buscan y han buscado llevar a cabo diferentes clases de actividades o proyectos. Sin embargo esta tarea no fue ni ha sido fácil, habida cuenta de los elementos culturales propios de cada sociedad, así como de la cosmología que es innata a cada una ellas.

En materia comercial se puede apreciar que desde la formación de los primeros pueblos se presentó una actividad que caracterizó su desarrollo estructural; hablamos del intercambio – *da mihi res dabo tibi rei* - y quizás la “comercialización” de los primeros excedentes respecto a productos agrícolas y artesanales para los cuales y por necesidad se debía buscar su distribución entre otros mercados. Si bien esta actividad para esa época fue incipiente, la misma tuvo como resultado un cambio paulatino pero radical de las condiciones de producción y comercialización, modificando la situación de los hombres dentro del proceso de fabricación, o sea la manera por la cual se crearon las condiciones de su existencia (Krippendorff, 1993 : 25).

De otro lado, es curioso ver que si bien estos antiguos intercambios no tenían el calificativo de internacionales, ello debido quizás a la estructura misma de estas “primeras” sociedades, las cuales no cumplían con los “requisitos” impuestos en materia de definición de los Estados establecida por el tratado de Paz Westfalia de 1648 (Tratados de paz de Osnabrück y Múnster), en sí la actividad que realizaban no difería mucho de aquella que posteriormente sería regulada o revestida de cierta imperatividad jurídica.

Una de las particularidades que presentaron estos primitivos intercambios de tipo comercial era que se definían bajo el sistema del trueques, esto es, cambiándose unos productos por otros sin que existiera otra clase de contraprestaciones como las que luego se presentarían con la aparición del elemento moneda o monetario, el cual daría lugar al nacimiento de un estilo contractual diferente al del trueque y que se denominaría de una manera más formal como compra o venta de productos.

Ahora, y por cuestiones puramente metodológicas y con respecto al tema de la *lex mercatoria*, me parece indicado dividir el estudio del mismo en tres categorías, ello de acuerdo al período histórico en el cual fue más patente

su desarrollo y aplicación, sin obviar que en sí su aplicación y sus elementos estructurales han permanecido inalterables con el paso del tiempo, pero que tienen una valoración propia dada en momentos diferentes de la historia de los hombres quienes vieron en el mercadeo de productos su actividad principal.

***Lex mercatoria* primitiva o inicial**

La *lex mercatoria* como conjunto normativo de carácter privado nació como un derecho consuetudinario interlocal que cubría las necesidades nacientes del “nuevo” comercio, las cuales poseían características similares en toda la comunidad de comerciantes y necesitaban de una seguridad jurídica que la diversidad de los derechos locales no les ofrecía. La *lex mercatoria* ha consistido principalmente en la reagrupación de los usos y costumbres más frecuentes, que no estaban escritos en lugar alguno y que, en sus inicios, se transmitían oralmente y eran aceptados implícitamente por los comerciantes de toda Europa en sus intercambios diarios (Martínez, 2004 : 6).

El procedimiento que se desarrolla en esta clase de contratos, esto es, aquellos que describen la acción de comprar y vender productos, ha permanecido incólume durante varios siglos y es en esencia la misma que tenemos en la actualidad. Este accionar, el cual se entiende en su sentido clásico como *longeva consuetudo* (Illescas, 2003 : 46), fue alimentado por los hábitos reiterados de los comerciantes quienes los realizaban de manera “inconsciente”, y que vinieron a recibir una especie de “formalización” durante el Imperio romano en donde les adjudicaron una denominación –*contractus*–, la cual sobrevivió como figura jurídica aún durante el desarrollo de toda la edad media, época llamada de oscurantismo para las ciencias, entre ellas la jurídica en la cual siguió cumpliendo –durante el Imperio romano el Comercio de corte internacional no tuvo mucho auge ya que este se desarrollaba en el interior del Imperio mismo, casi que en una especie de autarquía– (Sierralta, 2006 : 12) la función para la cual había sido creada.

La reaparición del contrato de compraventa formalizado como tal sucede en la denominada Alta Edad Media donde tiene lugar el período del Renacimiento, época en la cual la actividad comercial también deja su huella en especial con el florecimiento mercantil que se presenta en las ciudades del norte de Italia en donde se hacía indispensable contar con un elemento jurídico que fuese apropiado para todas las transacciones comerciales que allí se desarrollaban con los demás pueblos de oriente y del Mediterráneo.

Con el hallazgo hacia el año de 1070 de un manuscrito que contenía unas compilaciones sobre el Derecho Romano y su posterior estudio por parte de un grupo de estudiosos del derecho a quienes se les denominó los Glosadores y quienes luego harían parte de la escuela de Bolonia (Audit, 2000 : 59) se le dio un nuevo aire al tema de costumbre mercantil, esta vez bajo la denominación de

lex mercatoria,¹ la cual bajo su rúbrica de internacional sería acentuada después por el tratado de Paz de Westfalia en lo que hace referencia a la constitución de los Estados Nación como tales.

Se tiene pues que la *lex mercatoria* como presentación formal de la costumbre comercial² o como ley propia de los mercaderes jugó durante este período un papel bastante determinante; ya que si bien se puede inferir que desde la aparición de los seres humanos, así como la de la actividad de intercambio de bienes que dieron lugar a que se configurara por así decirlo una costumbre comercial, la misma solo vino a tener un papel protagónico como mecanismo de regulación “legal” durante el florecimiento del “nuevo comercio”³ no solo como se dijo, en el norte de Italia, sino en los Estados miembros de la Liga Hanseática como las ciudades de Brugges, Gante, Hamburgo, Rotterdam, etc. Este crecimiento del comercio en Europa creó una comunidad organizada de

1 Ante esta nueva situación, fue necesario también desarrollar un nuevo derecho que regulara las relaciones entre los comerciantes que no paraban de viajar y de hacer tratos por todo el mundo conocido. Pues bien, este nuevo derecho fue creado por los propios comerciantes. Los límites del derecho civil se quedaron muy pronto obsoletos y hubo de improvisarse normas y mecanismos satisfactorios de resolución de conflictos. Esta creación de derecho fue enteramente privada, sin intervención de los poderes públicos de entonces, que vieron cómo se desarrollaba un entramado considerable de relaciones voluntarias transnacionales y del que poco o nada podían hacer por controlarlo. Este derecho fue basándose en principios generales de derecho mercantil (con ecos lejanos del *ius gentium* romano), en modelos de contrato estandarizados y en la jurisprudencia propia de los mercaderes (llamada consular). Este derecho (y su jurisdicción) era voluntario, por lo que carecía del carácter coactivo del derecho estatal. Pero era eficaz para unas relaciones que buscaban, sobre todo, una eficiencia en las relaciones contractuales y una rapidez en la búsqueda de soluciones en los litigios, requisitos ambos imprescindibles en el ámbito mercantil. Las normas surgidas de esta *Lex Mercatoria* respetaban escrupulosamente la equidad dado que la posición de las partes (compradora/vendedora) podía perfectamente intercambiarse en el transcurso del tiempo si las circunstancias así lo exigían. Este nuevo derecho de creación privada era, dentro de su esfera, imbatible si se comparaba con los procedimientos ordinarios sometidos al derecho autoritario. Francisco Moreno, en: <http://www.liberalismo.org/articulo/423/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>

2 Las variaciones del dominio de la naturaleza, además de las formas por las cuales se organizan dentro de una colectividad, constituyen o pueden llegar a constituir el objeto de una ciencia. Eso depende en la medida en que su desarrollo se fija por pautas o estructuras reiterativas y estables, en el transcurso de proceso de continua intensificación. La repetición, los modelos y la regularidad de los procesos de apropiación y transformación colectivas de la naturaleza, con el fin de conservar al hombre, posibilitan las generalizaciones y el establecimiento de leyes que las rigen (Krippendorf, 1993 : 25).

3 El comerciante intermediario entre la producción y el consumo, o sea encargado de la distribución, se convirtió en la figura más destacada de la sociedad italiana. Ambos sectores, el de la fabricación y el de la venta, se complementaron y reforzaron el uno al otro: aumentó la producción aun de las primeras formas de manufactura; estimulada por la demanda creada por el comerciante por su conocimiento del mercado extranjero, en cambio los mercados se extendieron en la medida que creció y mejoró la capacidad productora (Martínez, 2004 : 32).

mercaderes que mantuvo una convivencia estable y duradera y generadora de usos, tanto morales como intelectuales, sentimentales o jurídicos diferentes de los de la sociedad feudal dominantes (Martínez, 2004 : 5).

A medida que se desarrolla la revolución industrial y aprovechando los adelantos que en materia de transporte se suceden, los países productores ven la necesidad de vender sus excedentes en cuanto a mercancías se trata y esto por el volumen que representa y los nuevos actores en juego hacen que la materia se vaya especializando y en consecuencia empiecen a aparecer nuevos inconvenientes en materia jurídica. En otros términos, y tomado las palabras de Krippendorf (1993 : 16), la combinación revolucionaria de la manufactura, la mecanización del proceso, laboral y finalmente las nuevas fuentes de energía, el carbón y el vapor impulsaron el ascenso de muchos Estados en potencias mundiales. Sin embargo, hizo falta el marco internacional para que esos factores se desarrollaran plenamente, ya que el rápido incremento de la producción pronto rebasó los límites del mercado interior.

En esta época, el industrial y el financiero, junto con el comerciante, se convirtieron en el motor del nuevo sistema económico, pero se hallaron en un espacio vacío respecto a lo legal, esto es, con escasa regulación jurídica. Ese vacío sería aprovechado por estos actores, quienes veían en el comercio una actividad típicamente pragmática, abogaba por procedimientos expeditos, de corte leseferista, en donde se pide un mínimo de intervención estatal y se deja en mano de los expertos la regulación del comercio, es decir una autorregulación propia del mercado.

En este mismo sentido, años más tarde haría aparición un suceso que partiría en dos el rumbo de la historia de la humanidad, la llamada Revolución Francesa, que cambiaría la forma de pensar el mundo, e influenciaría de forma extraordinaria a todos los campos incluido el comercial, el cual sería reformulado y positivizado de cierta manera por la *mis en scene* del Código de Napoleón y consecuentemente por el *Code du Commerce* de 1807, el cual, al someter el derecho comercial al manejo por parte del Estado, establecería de un modo indirecto que el comercio debería pertenecer a una categoría especial o excepcional respecto al Derecho Común continental; en consecuencia, es el derecho comercial positivo, esto es, elaborado por el legislador, el que pasaría a ser el derecho aplicable a los actos de comercio.

Lex mercatoria intermedia o moderna

La “nueva” *lex mercatoria* llamada por otros como *soft law* hace irrupción desde comienzos del siglo XX y es utilizada para responder a las necesidades de los operadores del comercio internacional con ansias de poseer un derecho autónomo y uniforme a escala mundial. Una de las justificaciones de su existencia se encuentra en los derechos estatales, y se basa en tres pilares esenciales: Primero

el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido en todos los Estados modernos, reconocimiento que se halla en sus ordenamientos internos con sus mayores o menores limitaciones; de la misma forma, encontramos en el ámbito internacional el segundo: el reconocimiento en todos los ordenamientos del mundo del principio del *pacta sunt servanda*; y en tercer lugar, tenemos al empleo de sistemas de resolución de disputas alternativas a los judiciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

Observamos pues que esta *lex mercatoria* se nutre normativamente de dos fuentes: los usos y las costumbres internacionales y la legislación internacional compuesta esta última por leyes modelo que han sido formuladas por ciertos Organismos internacionales y que se hayan incluidas en diferentes Convenciones de contenido sustantivo que han sido el fruto de conferencias interestatales a las cuales los Estados se han adherido o las ha ratificado.

Desde otro punto de vista, cabe anotar que la nueva *lex mercatoria* se concibe a principios del siglo XX cuando se observa la insuficiencia de sistema de normas de Derecho Internacional Privado para la resolución de conflictos surgidos entre los operadores del creciente comercio internacional (Martínez, 2004 : 22).

En este mismo orden de ideas, no se puede olvidar que uno de los caracteres más relevantes de este período es aquel que hace mención a la aparición en el contexto mundial de las grandes empresas o sociedades multinacionales de capitales quienes empezaron a dominar el comercio mundial y que desarrollaron, por así decirlo, un ordenamiento jurídico empresarial de carácter “privado” que tenía una aplicación en el interior de este “mundo corporativo”. Estas empresas de corte multinacional buscaban y buscan la creación de grandes monopolios que en su mayoría son protegidos por las “potencias mundiales”, cada una actuando de acuerdo a los intereses de sus nacionales. Es así como ante la diversidad de ordenamientos jurídicos que confluían en la regulación del comercio, estas todopoderosas sociedades multinacionales comenzaron a generar su propio derecho, amparadas por el reconocimiento general de la libertad contractual que se encontraba y se encuentra vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Es de esta forma como crean un derecho de tipo “anacional”, el cual está constituido por un conjunto de usos o costumbres nacidas directamente de la actividad comercial y que tiene como particularidad el ser de aplicación universal, y como vocación y pretensión el constituirse como un derecho autónomo desconectado de los ordenamientos jurídicos nacionales (Martínez, 2004 : 22).

De otro lado, una de las características de las normas que comprenden la denominada *lex mercatoria* es que estas se presentan como normas que no atentan contra la soberanía estatal, ya que lo único que requieren para poder ser operativas es de la ayuda de unas normas nacionales o internas que las

transpongan en un determinado sistema jurídico para que puedan entrar en vigor. Este es un punto donde se presenta mayor reticencia por parte de los Estados ya que muchos de ellos sienten un temor reverencial por aquello que es extranjero, lo cual al ser desconocido para ellos significa que no existe, pero también es una de las formas más patentes de mostrar el nivel de ignorancia en el que se vive al rechazar estas normas por el solo hecho de provenir de un sistema jurídico o de una institución que no pertenece al ordenamiento jurídico nacional; muchas veces desconociendo la dinámica en la que nos hallamos inmersos como aquella que hace referencia a la globalización mundial en todos sus aspectos en donde un elemento como el Internet juega quizás el papel más importante.

Elementos materiales de la nueva *lex mercatoria*

Entre los elementos más importantes de este conjunto normativo encontramos principalmente la libertad contractual, el principio general de derecho del *pacta sunt servanda*, el elemento personal que vienen a ser los árbitros, los jueces cuando conocen de litigios con elementos comerciales internacionales, los abogados que intervienen en dichos litigios, los usos comerciales que se desarrollan día a día en el espectro comercial internacional y los contratos autonormativos o *self regulatory contracts* entre otros.

***Lex mercatoria* contemporánea o virtual**

No es un misterio que con la entrada en vigor del Internet a partir de la década de los noventas el mundo está experimentado un cambio que no había sufrido en sus siglos anteriores y que está dando lugar a la creación de una nueva *lex mercatoria* o costumbre mercantil no adscrita a ningún ordenamiento jurídico nacional, toda vez que sus actores no se encuentran físicamente presentes, sino que interactúan simultáneamente, así se encuentren en lugares distantes a miles de kilómetros. Esta nueva forma de contratar y de hacer los negocios está rebasando la *lex mercatoria* que considerábamos como moderna, esto es, aquella que apareció a comienzos del siglo XX.

Entramos pues ya en la era de la costumbre mercantil virtual en la cual se sabe en tiempo real lo que está ocurriendo al otro lado del mundo, pero en la cual la presencia física tanto de los contratantes como del dinero con el que se pagan las transacciones ha pasado a un campo virtual; lo único que se tiene como cierto es el contacto con las mercancías una vez lleguen a las manos del destinatario, el cual muchas veces no será el comprador inicial sino el beneficiario final. En consecuencia, eso cambia radicalmente las formas de ver y de hacer los negocios en cuestión de 20 años echaron atrás miles de años de tradición oral y física que rodearon los negocios mercantiles. Ahora solo basta hacer un “click” para poner en marcha todo un mecanismo que en la mayoría de las veces

escapa al conocimiento de quien está ejecutando la operación virtual desde su punto de enlace o computador.

Esta nueva costumbre mercantil se presenta apta para un mundo globalizado el cual se ha hecho más pequeño como consecuencia del progreso de la ciencia y la tecnología, quienes han contribuido para que se presente una intensificación del comercio internacional e igualmente se reduzcan los costos de transacción no sólo jurídica, sino económica. Estas transacciones son llevadas a cabo tanto por las grandes multinacionales como por los pequeños comerciantes quienes se mueven en un mercado especializado de bienes y servicios alrededor del planeta y que en última instancia requieren de un marco regulatorio que sea común a todos los operadores del comercio internacional y que además les brinde esa seguridad jurídica que es necesaria para llevar a cabo una tarea de por sí especializada y definida en su contexto global.

Antecedentes codificadores a la Convención de Viena de 1980 sobre la Venta Internacional de Mercancías⁴

En materia de referencias respecto a la agrupación de normas sobre una determinada materia, en nuestro caso la compraventa internacional, podemos tener las siguientes que han sido desarrolladas durante los últimos tiempos y se presentan como las más relevantes:

- a) El COMECON o Condiciones Generales para la entrega de mercancías que fue fruto de la unión investigadora y académica de juristas de los países escandinavos como Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia y Finlandia, quienes compartían la misma cultura jurídica que en su desarrollo era diferente a la anglosajona y a la continental europea; este texto que tuvo como nombre: Ley Escandinava sobre instrumentos negociables de 1891, la que más tarde sería complementada con la leyes escandinavas sobre compraventa de mercaderías de 1905 las cuales fueron y son un instrumento muy completo sobre la regulación de la compraventa internacional de mercancías (Martínez, 2004 : 23), y con base en el mismo fue como éstos países decidieron adoptar la Convención de Viena, e incluso hicieron reservas a su parte segunda, esto es, en lo relativo a la formación del contrato ya que consideraron que tenían un buen instrumento y con la adopción sin reservas de tal Convención, el mismo se perdería.

4 En adelante, Convención de Viena

- b) Por otra parte tenemos el denominado el *Uniform Commercial Code* – UCC, el cual en un país de tradición poco codificadora en materia jurídica como lo es los Estados Unidos de Norteamérica vendría a suponer una excepción a la regla, pero que una vez adoptado se presentaría como el mayor esfuerzo unificador en el interior del derecho no solo norteamericano, sino anglosajón.
- c) El UCC, cuya primera redacción fue presentada en el año de 1951, fue ratificado por todos los Estados quienes lo adoptarían como una Ley, con excepción del Estado de Louisiana que conservaría su derecho codificado cuyo origen se remonta al Código de Napoleón.
- d) La LUVI o Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercancías, que fue un proyecto elaborado en 1964 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y que aún está vigente en algunos países pero que tiende a desaparecer del ámbito jurídico internacional debido a su poca utilización por parte de los operadores comerciales y las autoridades judiciales de los países que son parte de ella.
- e) El LUFC o Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato, que fue un proyecto de ley uniforme elaborado por UNIDROIT y presentado en la Conferencia de La Haya y del cual se tomarían muchos de los elementos que sirvieron de base para que se estructurara la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías.

Desarrollo histórico de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercancías

El precursor de la unificación a nivel internacional del derecho mercantil, en especial de los contratos de compra y venta de mercancías, fue el profesor alemán de la Universidad de Berlín y antiguo Director del hoy denominado Instituto Max-Planck de Derecho Comparado e Internacional Privado, Ernst Rabel. El Profesor Rabel pudo establecer que la actividad de la compraventa de mercancías podía ser unificada a través de una normativa con carácter internacional, toda vez que era una actividad que traspasaba las fronteras de los países y cuya regulación interna en cada uno de estos podía traer consecuencias negativas para su desarrollo y para la comprensión de dicha actividad.

En el año de 1929, el Instituto para la Unificación del Derecho Internacional Privado (hoy UNIDROIT) adscrito a la Sociedad de Naciones (hoy ONU), creado por sugerencia del profesor Rabel, emprendió la tarea de organizar la unificación del derecho mercantil internacional, y para el año de 1934 desarrolló

un proyecto sobre la materia que sería aprobado por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT en el año de 1939.

Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, y bajo la iniciativa del profesor Rabel, se retomaron los trabajos de unificación de las normas que regulaban la compraventa internacional y aparecería su obra denominada: “*Das Recht des Warenkaufs, eine rechtsvergleichende Darstellung*”⁵ que sería la base de lo que hoy conocemos como Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías, conocida en el ámbito jurídico y mercantil internacional como CISG por sus siglas en inglés.

La Convención de Viena tal como se describe tuvo su origen protocolario en unas reuniones de expertos que bajo la denominación de Comisiones fueron nombradas en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con sede en la ciudad de Viena, Austria. Estos expertos quienes en diferentes trabajos abordaron lo relativo a la formación y a la validez del contrato, y que tomando como base elementos propios del LUFC y de la LUVI adoptaron un texto que sería enviado a la Secretaría de la Comisión que a su vez, en el año 1978, decidió integrar el Proyecto de Convención sobre la Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías con el de Compraventa Internacional de Mercancías, el cual fue aprobado por la Comisión y entregado a la Asamblea General de la ONU para que llamara a sus Miembros a reunirse en una convención con el fin de adoptar o no el nuevo texto.

Entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980 tuvo lugar en la ciudad de Viena, la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en materia de contratos internacionales de compraventa de mercancías a la cual acudieron 62 Estados y 8 Organizaciones Internacionales. En esta Conferencia el trabajo principal fue entregado a dos Comités, el uno encargado de la redacción de la parte sustantiva de la Convención y el otro a la preparación de las cláusulas finales. Al final los textos se presentaron, y se votaron en Sesión Plenaria artículo por artículo, y fueron aprobados por unanimidad en su totalidad.

Contenido

Respecto de su contenido la Convención de Viena, como su nombre lo indica, trata lo relativo a los contratos internacionales de compraventa internacional de mercancías, la manera como se forman, se desarrolla y se extinguen con los consecuentes derechos y obligaciones que nacen para las partes. La misma se halla compuesta por 101 artículos que se distribuyen en cuatro partes.

5 El derecho de la compraventa, una interpretación jurídica comparada.

Características

La Convención de Viena, como tratado de carácter internacional, crea un derecho directamente aplicable a los particulares el cual en el caso colombiano se incluyó en el ordenamiento jurídico mediante la Ley 518 de 1999, ratificada a través de un depósito de instrumentos el 10 de julio del 2001 la cual se hizo exigible a partir del 2 de agosto del 2002. En Colombia la Ley 518 de 1999 tiene el carácter de una ley ordinaria ya que la Constitución Política no estableció un procedimiento especial para las leyes aprobatorias de tratados o convenios internacionales que le diera un rango diferente.

Estructura de la Convención de Viena

La Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercancías se compone de cuatro partes que se distribuyen de la siguiente manera:

Primera: abarca la parte general, así como las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos que son sometidos a la Convención, los efectos que produce la Convención entre las partes, la autonomía de la voluntad de estas y la forma de los contratos y como se pueden llevar a cabo los mismos; esto es, mediante un escrito o por otros medios.

Segunda: aborda lo relativo a los elementos de formación del contrato de compraventa internacional.

Tercera: toma lo referente a los derechos y las obligaciones de las partes, así como los efectos del contrato en cuanto a su cumplimiento e incumplimiento. Trata igualmente las formas de extinción del contrato.

Cuarta: contiene todo lo relacionado con la entrada en vigor de la Convención y la forma de hacer reservas y ratificación a la misma.

La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías como *lex mercatoria*

Hasta este punto hemos analizado someramente cada uno de los componentes de la presente temática; ahora es necesario iniciar la discusión en torno al papel que puede jugar la Convención de Viena respecto a que si ésta se debe aplicar como *lex mercatoria* o si es necesario, que sea abordada como una ley positiva.

La distinción anterior se realiza ya que si bien la Convención de Viena en su contexto esencial y para los Estados que no la han ratificado pertenece a la categoría de *lex mercatoria* o de usos del comercio internacional, la misma puede adquirir otro rol una vez ha sido acogida por los Estados y convertida en legislación permanente como es en el caso de Colombia.

Parte de la jurisprudencia especializada en la materia, en especial aquella emanada de tribunales arbitrales, ha abordado en numerosas oportunidades⁶ el tema de la aplicación de la Convención de Viena como *lex mercatoria*, en especial en aquellos casos en donde se enfrentan dos partes que pertenecen a Estados que no han ratificado la Convención de Viena o cuando las normas internas de Derecho Internacional Privado de uno de los Estados o de ambos hacen referencia a la aplicación de dicha *lex mercatoria* para los litigios que se susciten sobre la materia.

Por eso entendemos que cuando se hace mención a la aplicación de la Convención se hace básicamente con el fin de colmar algunas lagunas jurídicas que existen en aquellos ordenamientos jurídicos que han sido declarados legalmente competentes para conocer de los litigios nacidos del incumplimiento a las obligaciones contractuales de las partes en un contrato internacional de compraventa de mercancías, y es por eso que se hace necesario buscar algún cuerpo normativo que se adapte a la situación planteada; todo ello so pena de entrar en una negación de justicia, entendido esto como una aplicación del principio del *iura novit curia*.

En consecuencia, cuando el juez o el árbitro se encuentran en una situación en la cual no aparece claro cuál es el derecho aplicable a una situación dada en la materia y en consecuencia deben recurrir quizás por analogía o como forma de aplicar justicia a la Convención de Viena⁷ tomada esta como un conjunto normativo que se puede aplicar perfectamente a la cuestión planteada y que consecuentemente puede colmar los vacíos tanto jurídicos como prácticos.

6 Ver alguno de los casos en <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276>

7 El artículo 3º del Código de Comercio colombiano señala que: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”. Haciendo una aplicación analógica, vemos que el presente artículo permite que la Convención de Viena pueda admitirse a regular un contrato de sus características en caso de que no se haya ratificado la misma por el Estado donde pretende aplicarse. *Para efectos de un estudio comparativo de ciertas normas internacionales, podemos ver que la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela establece en algunos de sus artículos lo siguiente:*

“Artículo 29.- Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.

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”.

Desde otro punto de vista, si procediéramos a realizar un análisis tangencial de la Convención encontraríamos que esta tiene previsto un mecanismo para que se pueda aplicar de forma subsidiaria o como *lex mercatoria*; prueba de ello se evidencia en su artículo primero el cual señala:

Artículo 1º. Ámbito de aplicación de la Convención

- 1 La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa internacional de mercancías entre las partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes.
 - a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes o;
 - b) Cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.
- 2 No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
- 3 A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes en el contrato.

De lo anterior se desprende y para los fines del presente artículo, se tiene que, serán las normas de Derecho Internacional Privado Interno las que determinen⁸ la aplicación de la *lex mercatoria* tomada ésta como aquellos usos del comercio internacional que bien pueden ser la misma Convención de Viena como los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS y todos aquellos otros documentos que cumplan el papel de normas dentro de las relaciones comerciales internacionales y que han sido reconocidos como tales por sus operadores.⁹

Igualmente, se aprecia que el inciso 2º del artículo 1º entra a operar como la llamada figura de la remisión o “*renvoi*”, ya que le está indicando al derecho

8 Véase el artículo 3º del Código de Comercio colombiano mencionado anteriormente.

9 Al respecto señala el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales que: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando corresponda las normas, costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas de general aplicación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. (Colombia no es país signatario y la misma ha sido sólo ratificada por Venezuela y México). De otro lado, el artículo 5 del Código de Comercio de Panamá señala que: “Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial, ni por su espíritu, ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de éstos, se estará a lo que establezca el derecho civil”.

internacional privado interno que le dirija a la Convención lo relativo a la materia para que sea ella quien lo regule.

Por ello, si bien la Convención de Viena actúa como uno de los representantes mayores de la *lex mercatoria* en el comercio mundial, la misma no ha perdido su carácter de “ley” no formal, esto es, que no fue creada por legislador alguno en el sentido estricto de la palabra. Ahora, sí en Colombia se presenta bajo la figura de Ley, esto no quiere decir que la misma haya seguido el trámite legal que se exige para las mismas ya que el papel ejercido en este caso por el legislador colombiano fue simplemente el de una *comitas gentium* porque básicamente se limitó a reconocer una normativa que había sido creada por fuera de sus fronteras y en la cual no tenía ni siquiera la potestad de reformarla, sino someterse o no a la misma. Lo anterior se puede tomar como un triunfo del poder de los particulares –*societas mercatorum*– sobre el poder estatal en cuanto al poder exclusivo que tiene este de crear las leyes.

Conclusión

Como una forma de cerrar momentáneamente el debate, se puede afirmar entonces que la Convención de Viena al no haber sido ratificada por parte de un Estado en el cual su derecho o sus tribunales han sido designados como competentes por otro derecho o por las partes, podrá tener aplicación como *lex mercatoria* en el los siguientes eventos:

- 1 Cuando las partes en un contrato internacional de compraventa de mercancías no han hecho referencia al derecho aplicable al mismo y de acuerdo a las normas de derecho internacional privado, el derecho aplicable será la *lex mercatoria*; lo anterior si los árbitros o jueces competentes así lo determinan.
- 2 Cuando en un contrato de las características anotadas se ha seleccionado como derecho aplicable el del Estado de una de las partes el cual no ha ratificado la Convención y sus normas de Derecho Internacional Privado remiten al derecho de un Estado que es parte de dicha Convención.
- 3 Cuando las partes en el contrato pertenecen a Estados que no han suscrito la Convención, pero que respecto del derecho aplicable al contrato han elegido a esta como la competente para regularlo; en este caso se aplicaría sin importar el foro donde se lleve a cabo el litigio.

Referencias

- Audit, B. (2000). *Droit International Privé*. Paris: Economica.
- Código de Comercio. 2004. Bogotá: LEGIS Editores. Krippendorff, E. (1993). *El sistema internacional como historia, Introducción a las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Illescas Ortíz, R. y Perales, Viscasillas, P. (2003). *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid.
- Martínez Cañelas, A. (2004). *La interpretación de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Granada: Editorial Comares.
- Moreno, F. (2008). *Lex mercatoria, Derecho de la globalización sin Estado*. Versión digital disponible en: <http://www.liberalismo.org>
- Sierralta Ríos, A. (2006). *Contratos de Comercio Internacional*. Lima: Fondo Editorial, PUC del Perú.

