

N.º 77

TESIS DE GRADO



Universidad
Externado
de Colombia

FACULTAD DE DERECHO

Juan Miguel Álvarez Contreras

*Los remedios por incumplimiento
en la contratación internacional*

Universidad Externado de Colombia

Álvarez Contreras, Juan Miguel

Los remedios por incumplimiento en la contratación internacional / Juan Miguel Álvarez Contreras - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.
523 páginas; 24 cm. (Tesis de grado ; 77)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 471-523)

ISBN: 9789587725889

1. Derecho comercial internacional 2. Daños y perjuicios 3. Contratos comerciales 4. Contratos internacionales 5. Derecho comercial 6. Contratos de compraventa 7. Indemnización judicial I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie.

341.59 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Noviembre de 2016

ISBN 978-958-772-588-9

© 2016, JUAN MIGUEL ÁLVAREZ CONTRERAS
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Karina Betancur Olmos
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS	29
I. Panorama general	29
II. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías	37
A. Antecedentes y formación	37
B. Ámbito de aplicación	40
1. Internacionalidad del contrato de compraventa	41
2. Criterios de aplicación	43
3. Contratos de compraventa	45
4. Contratos de compraventa de mercaderías	46
5. Compraventas internacionales no regidas por la Convención	47
6. Papel de la autonomía privada (<i>opting in y opting out</i>)	49
a. <i>Opting out</i>	50
b. <i>Opting in</i>	56
C. Interpretación de la Convención	57
D. Integración de lagunas en la Convención	60
1. La distinción entre lagunas internas y lagunas externas	61
2. Los principios generales de la Convención	65
3. Integración mediante la aplicación de los Principios UNIDROIT	68
III. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales	73
A. Antecedentes y formación	73
B. Ámbito de aplicación	76
1. Aplicación a contratos comerciales internacionales	76
2. Posibles escenarios de aplicación de los Principios	80
a. Aplicación de los Principios por acuerdo entre las partes	80
b. Aplicación como parte de los principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes	83
c. Aplicación cuando las partes no han elegido el derecho aplicable	85
d. Otros posibles usos de los Principios	87

CAPÍTULO SEGUNDO

CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO	93
I. Derecho a exigir el cumplimiento específico	93
II. Alcance	96
A. Cumplimiento específico de obligaciones dinerarias	96
B. Cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias	98
1. Reemplazo de la prestación defectuosa	101
2. Reparación de la prestación defectuosa	106
III. Otras limitaciones al cumplimiento específico	108
A. En la Convención	109
1. Ejercicio de un remedio inconsistente	110
2. Posibilidad de solicitar el cumplimiento específico de conformidad con el derecho local	113
3. Notificación dentro de un término razonable	122
B. En los principios	124
1. Imposibilidad de la prestación	125
2. Onerosidad de la prestación o de su ejecución	126
3. Razonabilidad de una operación de reemplazo	128
4. Carácter exclusivamente personal de la prestación	131
5. Solicitud dentro de un término razonable	133
IV. Pena judicial	135
V. Cambio de remedio	139

CAPÍTULO TERCERO

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	143
I. Resolución en caso de incumplimiento esencial del contrato	144
A. La noción de incumplimiento esencial	152
B. Incumplimiento esencial en la convención	157
1. Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del deudor	157
2. El incumplimiento debe causar a la parte afectada un perjuicio	159
3. El incumplimiento debe causar a la parte afectada un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato	162
a. Existencia de un acuerdo entre las partes	165

b.	Importancia del estricto cumplimiento de la obligación incumplida	166
c.	Gravedad de las consecuencias del incumplimiento	173
d.	Existencia de un uso razonable de la prestación defectuosa	177
e.	Posibilidad de subsanación del incumplimiento	187
f.	Frustración del propósito del contrato	211
g.	Desconfianza en el futuro cumplimiento de la otra parte	213
4.	Previsibilidad de la privación sustancial	217
C.	Incumplimiento esencial en los principios	222
1.	Intencionalidad del incumplimiento	222
2.	Pérdida desproporcionada para la parte incumplida	224
II.	Resolución en caso de vencimiento del plazo suplementario conferido para cumplir (<i>Nachfrist</i>)	226
A.	El otorgamiento de un plazo suplementario para cumplir y su relación con la resolución del contrato	227
B.	Requisitos para el otorgamiento de un período adicional para cumplir	233
C.	Efectos	238
1.	Efectos del otorgamiento del plazo suplementario para cumplir	238
2.	Efectos del vencimiento del plazo suplementario otorgado para cumplir	242
III.	Otros requisitos para la procedencia de la resolución del contrato	245
A.	Notificación de la resolución del contrato	245
1.	Forma de la notificación	251
2.	Contenido de la notificación	254
3.	Término en que debe realizarse la notificación	255
B.	Posibilidad de realizar la restitución de las mercaderías	263
IV.	Efectos de la resolución del contrato	266
A.	Efectos <i>ex nunc</i> o <i>ex tunc</i>	267
B.	Extinción de las obligaciones a cargo de las partes	272
C.	Restitución de las prestaciones ejecutadas	274
1.	Supuestos en que la restitución es imposible o inapropiada	276
2.	Restitución en caso de contratos a largo plazo	283
3.	Condiciones en que debe realizarse la restitución	286
D.	Restitución de los frutos de la prestación objeto de restitución	290

1. Obligación de pagar intereses sobre el precio	292
2. Obligación de restituir los beneficios derivados de las mercaderías	294
CAPÍTULO CUARTO	
INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	297
I. Derecho a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento	298
A. Fundamento normativo	298
B. Ejercicio exclusivo o cumulativo	299
II. Fundamento de la obligación de indemnizar los perjuicios	302
III. Alcance de la obligación de indemnizar los perjuicios	307
A. El principio de reparación integral	307
B. Límites a la reparación integral	311
1. El daño indemnizable	311
a. Daños materiales o patrimoniales	312
b. Daños inmateriales o extrapatrimoniales	334
2. La regla de la previsibilidad del daño	338
a. Características generales	340
b. Estándares para determinar la previsibilidad	343
3. La participación de la parte afectada en la causación del daño	346
4. Deber de mitigación	351
a. Alcance del deber de mitigar	355
b. Efectos del deber de mitigar	356
5. Relación de causalidad	360
a. Importancia del análisis de causalidad	360
b. Determinación del nexo de causalidad	362
C. Alcance de la indemnización en caso de resolución del contrato	363
1. Indemnización si la parte afectada ha celebrado una operación de reemplazo (método concreto)	364
2. Indemnización si la parte afectada no ha celebrado una operación de reemplazo (método abstracto)	368
3. Indemnización de pérdidas adicionales	372
D. Indemnización en caso de incumplimiento de obligaciones dinerarias	373

1.	Derecho al pago de intereses	374
2.	Tasa de interés	377
3.	Intereses sobre sumas no liquidadas	384
4.	Indemnización de pérdidas adicionales	386
IV.	Modalidades de la reparación	388
V.	Causales de exoneración de responsabilidad	389
A.	Exoneración en caso de incumplimiento causado por un impedimento ajeno a la esfera de control del deudor	390
1.	El problema de la exoneración en caso de incumplimiento defectuoso	395
2.	Exoneración en caso de incumplimiento causado por la acción u omisión de terceros	397
3.	El papel de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado	402
4.	Efectos de la configuración de la causal de exoneración	405
B.	Exoneración en caso de incumplimiento causado por la acción u omisión del acreedor	409
VI.	Las cláusulas penales o de estimación de daños	413
A.	Reconocimiento y validez de las cláusulas penales o de estimación de daños en la contratación internacional	416
B.	El problema de las cláusulas penales o de estimación de daños lesivas	420
1.	Cláusula que tasa una indemnización cuyo valor es superior al de los daños derivados del incumplimiento	422
2.	Cláusula que tasa una indemnización cuyo valor es inferior al de los daños derivados del incumplimiento	428
CAPÍTULO QUINTO		
REDUCCIÓN DEL PRECIO		433
I.	El derecho a la reducción del precio	437
A.	Falta de conformidad de las mercaderías	439
B.	Notificación de la falta de conformidad	442
C.	Sujeción al derecho del vendedor a subsanar su incumplimiento	444
D.	Declaración de la reducción del precio	446
II.	Cálculo de la reducción del precio	451
III.	Relación entre la reducción del precio y la indemnización de perjuicios	457

CONCLUSIONES	463
Algunas conclusiones sobre el sistema de remedios por incumplimiento en la contratación internacional	463
1. Salvemos el contrato pero, sobre todo, evitemos costos y riesgos	463
2. Ya lo salvamos, ¿y ahora?	466
3. Si no es el cumplimiento, ¿entonces qué?	468
BIBLIOGRAFÍA	471

*Vencerse a sí mismo un hombre es tan grande hazaña,
que sólo el que es grande puede atreverse a ejecutarla.*

Pedro Calderón de la Barca

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por darme todo y, más que nada, por alentarme a alcanzar mis sueños.

A mi tía Rosita, que sé que en algún lugar está llorando, alegre, por ver a su sobrino convertirse en abogado.

A María Alejandra, por acompañarme con su amor en este camino y dar sentido a todo este esfuerzo.

A mis amigos, que hicieron de mi paso por la Universidad una etapa inolvidable de mi vida.

Al Externado, por ser mi casa y permitirme conocer lo que no sabía que habitaba en mí.

A la doctora Emilssen González de Cancino, por acogerme hace ya varios años en el Departamento de Derecho Romano, darme su apoyo y, sobre todo, brindarme siempre su sabio consejo.

Al doctor Javier Rodríguez, cuyos comentarios y recomendaciones fueron valiosas y me permitieron conocer otras perspectivas de los temas bajo análisis.

Y en fin, a todos los que, de una forma u otra, han contribuido para que este trabajo hoy sea una realidad.

INTRODUCCIÓN

A la usanza de aquellos grandes tomos que se suelen levantar en homenaje a los más eximios juristas, en los que cada uno de los autores invitados suele aprovechar la ocasión para compartir alguna pequeña anécdota, cierto recuerdo o simplemente su admiración por el homenajeado, quiero tomarme la libertad, que me conceden las no tan ambiciosas expectativas de este trabajo de grado, de introducir el tema este a partir de la historia que me llevó a interesarme por una materia que no nos es desconocida para aquellos que pasamos por las aulas del Externado, como lo es la de los remedios por incumplimiento del contrato, pero en un escenario que sí lo es para la mayoría de los estudiantes de pregrado, cual es del de los instrumentos internacionales de unificación o, como hemos dado en denominarlo, en el derecho internacional de los contratos.

Cursando quinto año de derecho, y después de haber regresado, por fortuna victoriosos, de la v competencia de Arbitraje Comercial Internacional organizada entonces por la Universidad del Rosario de Colombia, la Universidad de Buenos Aires y American University Washington College of Law, con un grupo de estudiantes decidimos emprender, con el apoyo de los departamentos de Derecho Procesal y Derecho de los Negocios, la inédita —y hasta donde sé, única— participación de la Universidad Externado de Colombia en la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil (Moot Madrid), organizada por la Universidad Carlos III de Madrid con apoyo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El caso ficticio involucraba una compraventa internacional de acciones regida, según el acuerdo de las partes, por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y, en lo no disciplinado en ella, por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

Al margen de los problemas de índole procesal que ofrecía el caso, todos ellos interesantes, y de los todavía más interesantes problemas relacionados con la aplicabilidad de la Convención por la fuerza del acuerdo de las partes (*opting in*) a un contrato que, como el de compraventa de acciones, se encuentra excluido expresamente del ámbito de aplicación de la Convención (art. 2 literal [e]), el caso presentaba unas discusiones de orden sustancial que ganaron mi atención. El comprador de las acciones, enfrentado ante un procedimiento administrativo iniciado intempestivamente en contra de la sociedad adquirida y después de advertir que le había sido ocultado el valor real de los pasivos de la compañía, decidió declarar

unilateralmente la resolución del contrato de compraventa y exigir la indemnización de los perjuicios derivados del pretendido incumplimiento del vendedor.

Lo llamativo, para mí, fue encontrarme, en una competencia “internacional” sobre derecho comercial y arbitraje, con los mismos conceptos que recientemente me habían sido enseñados durante las clases de pregrado. La resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, me dije, no son otra cosa que nuestra añeja regla del Código Civil, por algunos enseñada como “condición resolutoria tácita”, que reza que “[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes con lo pactado” y que “...en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o *la resolución* o el cumplimiento del contrato con *indemnización de perjuicios*” (art. 1546 del Código Civil). Sencillo.

Pero eso que, por familiar, nos pareció tan sencillo, y sin embargo no resultó serlo tanto cuando con la sola mirada de las normas aplicables advertimos que en el medio estaban conceptos que no encajaban con nuestro “ADN” jurídico. Solo basta pensar en una resolución del contrato cuya procedencia demandaba la existencia de un incumplimiento *esencial*: ¿por qué tal exigencia?, ¿acaso el acreedor víctima de un incumplimiento no esencial no era merecedor de tutela?, ¿qué hace que un incumplimiento sea esencial?, ¿lo es uno que recae sobre obligaciones accesorias?, ¿lo es el que tiene carácter intencional? En fin.

Otras tantas dificultades comenzaron a surgir cuando advertimos que esa ley aplicable —la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías— no consagraba, o por lo menos no de forma expresa, una solución para todos los problemas que planteaba el caso: si el acreedor de una suma de dinero tiene derecho a percibir intereses (art. 78 de la Convención), ¿será que lo tiene también sobre el valor de la indemnización de perjuicios reclamada, pagadera en una suma de dinero, pero que aún no ha sido liquidada?, ¿desde cuándo lo tiene?, ¿cuál es la tasa de interés aplicable?, ¿qué hacer si el mismo acreedor contribuyó en la causación del daño?, ¿se excluye la responsabilidad?, ¿se prorratea la indemnización?, ¿en qué medida?, ¿qué hacer si el acreedor no logra demostrar con certeza la existencia del daño?, ¿el juez goza de discrecionalidad para definir la indemnización?, ¿debe negarla?, ¿y si lo que el acreedor reclama es la indemnización de la pérdida de una oportunidad? Todas estas dudas, evidenciadas en la vasta cantidad de temas tratados, planteaban otras dudas más generales: ¿cómo integrar los vacíos de la Convención?, ¿todas las lagunas recibían un mismo tratamiento?, ¿cuál era el papel del derecho doméstico?, ¿cuál el de ese instrumento designado subsidiariamente por las partes?

Mi primera aproximación a esas y a muchas otras inquietudes, que no resultó del todo desafortunada, como lo acredita un no despreciable quinto lugar de la

competencia, me dejó algunas conclusiones que me llevaron a escoger este tema, el de remedios por incumplimiento en la contratación internacional, como tema de mi trabajo de grado para optar por el título de abogado del Externado.

En vista de la innegable realidad, en la que impera un mundo cada vez más globalizado, con mayores facilidades para el intercambio transnacional, con relaciones comerciales cada vez más complejas, considero que nuestro Externado debe prestar mayor atención a ese derecho que busca proporcionar reglas uniformes para disciplinar estas relaciones. Este trabajo de grado, con sus limitaciones, busca contribuir para alentar la investigación en la materia.

I. ALCANCE DEL ESTUDIO

Con esa idea en mente, se ha optado por tomar primordialmente las disposiciones de dos instrumentos que, aunque disímiles en su naturaleza, comparten su propósito de proporcionar reglas uniformes para los contratos comerciales internacionales, los cuales son la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, en su versión de 2010. La escogencia de estos dos instrumentos, que no son los únicos que se orientan por esa misma finalidad, obedeció a varias razones.

De un lado, la Convención y los Principios, tomando prestadas las palabras de Ole Lando¹, están hechos para el mundo, esto es, buscan recoger reglas dirigidas a todos los intervinientes en el tráfico internacional, independientemente del sistema legal al que pertenecen. Para su elaboración, que, como se verá, tuvo lugar en escenarios diferentes, se tuvieron en cuenta un gran número de sistemas legales y las diferentes realidades económicas y sociales de los distintos Estados, lo cual nos asegura tener bajo nuestro análisis la visión más amplia, si se quiere más global, de la materia. Otros instrumentos de similar cariz, como los PECL (Principles of European Contract Law), el DCFR (Draft Common Frame of Reference) y el CESL (Common European Sales Law), buscan la armonización del derecho de los contratos en un ámbito geográfico más reducido y conciernen particularmente a los sistemas legales europeos, por lo que, sin descartarlos por completo, se ha optado por no tratarlos con la misma profundidad de análisis.

1 Ole Lando. "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?". En *Uniform Law Review*, vol. 8, 2003, p. 123.

Lo anterior, resaltamos, no quiere decir que hayamos abandonado la visión europea de la materia. En efecto, esa visión ya se encuentra ínsita en la Convención y en los Principios UNIDROIT, pues los dos recogen, solo que no de forma exclusiva —pero sí preponderante—, la experiencia de los más importantes sistemas legales europeos. Pero además, y quizá más importante aún, el análisis comparativo entre los instrumentos objeto de estudio y aquellos de índole más regional, “europeizada”, revela que las disposiciones de unos y otros son idénticas las más de las veces y las diferencias, que no aparecen tan evidentes, son meramente de técnica legislativa o se explican, sin más, por los diferentes objetivos que orientan a unos y otros. A este respecto permítasenos mencionar, solo a guisa de ejemplo, dos casos puntuales: en su presentación de las novedades introducidas a los Principios UNIDROIT de 2004, Bonell, jurista italiano que fungió como Presidente del Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de los Principios UNIDROIT, llegó a la conclusión de que cerca de dos terceras partes de las disposiciones de tales Principios correspondían, casi literalmente, con las disposiciones de los PECL². A idéntica conclusión llegó, en relación con los mismos instrumentos, el profesor Zimmermann, quien no dudó en afirmar que

considerando esas diferentes aspiraciones y objetivos (los PECL europeos, los PICC globales; los PECL cubriendo el derecho de los contratos en general, los PICC abarcando solo contratos comerciales), la medida en que las disposiciones de los dos instrumentos se corresponden entre sí es remarcable³;

en igual sentido, recientemente Bonell, acompañado por Peleggi, realizó el mismo ejercicio comparativo pero ahora entre los Principios UNIDROIT y el DRAFT, llegando igualmente a la conclusión de que las disposiciones de ambos coincidían en cerca dos terceras partes. Es más, en punto al capítulo 7 de los Principios dedicado al

2 Michael Joachim Bonell. “UNIDROIT Principles 2004 - The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”. En *Uniform Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2004, pp. 31 y ss.; ver también, con participación del mismo autor, Michael Joachim Bonell y Roberta Peleggi. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table”. En *Uniform Law Review*, vol. 9, 2004, pp. 315-396.

3 Reinhard Zimmermann. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspective”. En *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 21, 2006, pp. 5-8 (trad. libre).

incumplimiento, cuyas disposiciones forman parte de nuestro estudio, los autores encontraron que de los 31 artículos que lo integran, distribuidos en cuatro secciones (incumplimiento en general, derecho a reclamar el cumplimiento, resolución, resarcimiento), 23 son tomados, ya literalmente ya en su concepción, por las disposiciones del DRAFT⁴.

Así las cosas, no dudamos en afirmar que al optar por el estudio de esos instrumentos globales, en cuanto al tema de los remedios por incumplimiento, no estamos dejando al lector con una visión meramente parcial, fragmentada, de la materia, sino con la aproximación amplia que abarca también, en buena medida, la de los instrumentos de talante regional que hemos decidido no estudiar detalladamente. Para una confirmación, a lo menos sumaria, de lo anterior, a lo largo del estudio el lector encontrará referencias a las disposiciones de los PECL sobre los temas que son objeto de estudio, no con el fin de embarcarnos en un estudio profundo de estas, sino más bien con el de verificar la correspondencia sustancial con las disposiciones que sí son analizadas con mayor grado de detalle.

Ahora bien, por qué analizar, en vez de uno, dos instrumentos con un alcance global. Como se verá en detalle, la Convención representa la tendencia que ve en la creación de tratados internacionales, caracterizados por ser el fruto del acuerdo entre Estados y por tener carácter vinculante, una de las herramientas para lograr la unificación del derecho en las distintas latitudes. Bajo esa óptica, la Convención, que tiene aplicación obligatoria siempre que se reúnan las condiciones que contempla la misma Convención para el efecto y las partes no hayan excluido su aplicación, ha resultado ser un éxito mundial⁵, como lo acredita el hecho de haber sido ratificada actualmente por 83 Estados⁶, entre ellos por Colombia (Ley 518 de 1999), de haber sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales y arbitrales⁷ en distintas latitudes, y de no menos numerosos comentarios doctrinales de autores de todo el mundo.

4 Michael Joachim Bonell y Roberta Peleggi. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table”. En *Uniform Law Review*, vol. 14, 2009, pp. 437 y ss.

5 Ingeborg Schwenzer y Pascal Hachem. “The CISG - Successes and Pitfalls”. En *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 456-478.

6 Al respecto se puede consultar la página de la UNCITRAL, disponible en [www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html].

7 Las decisiones en las que se han aplicado disposiciones de la Convención pueden ser consultadas, entre otras, en las siguientes direcciones electrónicas: [www.cisg.law.pace.edu]; [www.unilex.info]; [www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html].

Sin embargo, como quiera que la elaboración de la Convención se adelantó en medio de un escenario diplomático entre representantes de cada uno de los Estados, en el que no solo entraban en juego consideraciones jurídicas sino también, y de forma notoria en algunos casos, consideraciones políticas determinadas las más de las veces por la pretendida necesidad de “preservar” algunos de los conceptos y tradiciones domésticas, no es de extrañarse que no se hubiera alcanzado un acuerdo universal sobre todos los aspectos que se hallan involucrados en el derecho de los contratos internacionales —v.gr. el tema de la tasa de interés aplicable, *hardship*, validez, efectos reales, cláusulas penales y de estimación de daños, indemnización de la pérdida de una oportunidad, etc.—, y que en su lugar se haya optado por confiar la regulación de tales aspectos en algunos casos a los principios generales de la Convención y, en otros, al derecho nacional que habría resultado aplicable en ausencia de la Convención.

Ante esa y otras tantas dificultades asociadas a la búsqueda de unificación por la vía de la creación de un tratado internacional vinculante⁸, de lo cual era viva muestra la propia Convención, los miembros del Grupo de Trabajo de UNIDROIT, expertos provenientes de diversos sistemas legales que obraban con voz propia y no en representación de sus respectivos gobiernos —como lo fue el caso de nuestro Rector Fernando Hinestrosa, quien participó en la edición de 1994—, se abocaron a la tarea de elaborar un *restatement* de principios sobre los contratos comerciales internacionales⁹ con el objetivo de “establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados”¹⁰. El resultado fue un instrumento cuya aplicación solo es obligatoria cuando las partes han acordado su aplicación, sujeto en todo caso a las normas imperativas del derecho aplicable de conformidad con las reglas de conflicto de leyes (art. 1.4), encargado de proporcionar una disciplina para todos los contratos comerciales internacionales —no solo para los de compraventa,

8 Para una revisión sucinta de estas dificultades, ver Herbert Kronke. “International uniform commercial law Conventions: advantages, disadvantages, criteria for choice”. En *Uniform Law Review*, vol. 5, 2000, pp. 13-21.

9 Michael Joachim Bonell. “Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts”. En *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, pp. 617-633.

10 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, 2010, introducción, p. xv.

como la Convención— y de establecer una regulación sobre una mayor variedad de materias que las reguladas por la Convención (validez, representación, agencia, prescripción, etc.).

No se puede dejar de advertir que en las materias comunes a ambos instrumentos, dentro de las que se encuentra la de los remedios por incumplimiento, los Principios se encuentran fuertemente influenciados, y así lo reconocen de forma expresa, por las disposiciones de la Convención, solo que, haciendo uso de esas mayores libertades que ofrecía el método de unificación “no legislado”, los Principios, por una parte, hicieron eco de la experiencia ya recogida de la Convención y modelaron, con base en ella, algunas de sus disposiciones, y, por otra, consagraron una regulación expresa para ciertos temas que, aunque relacionados con las materias objeto de regulación por parte de la Convención, no fueron disciplinados expresamente en ella. Es por eso que no llama a sorpresa que cierto tribunal haya afirmado que los Principios “refinan y expanden los principios contenidos en la Convención de las Naciones Unidas”¹¹.

Creemos, entonces, que el estudio de ambos instrumentos, con sus particularidades en cuanto a naturaleza, objeto de regulación y demás, nos proporciona la versión más completa de la regulación de los contratos internacionales. No podríamos, en nuestro parecer, dejar de analizar el único instrumento que es vinculante y que es el fruto del consenso, así sea parcial, de los Estados que le dieron vida, ni tampoco hacer a un lado a un instrumento que, además de recoger y perfeccionar esa experiencia ya adquirida, proporciona una respuesta, una visión igualmente universal, de las materias que, por uno u otro motivo, no quedaron comprendidas dentro de ese consenso de Estados.

Pero hay otra razón, relacionada con lo dicho, que impone analizar ambos instrumentos. Los Principios, dentro sus variadas finalidades, se atribuyen a sí mismos la función de “interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme”, es decir, la de servir a la interpretación e integración de otros instrumentos internacionales, dentro de los que se ubica, por supuesto, la Convención. Es por eso que no es inusual, y así lo advertirá el lector, que autores y tribunales defiendan la aplicación de los Principios para resolver aquellas cuestiones no resueltas expresamente por la Convención, en materias tales como la tasa de interés aplicable, la participación del acreedor en la causación del daño, cláusulas penales, entre otras tantas. Si ello puede ser así, cosa que, como se verá, ha generado un amplio debate

11 New Zealand, *Court of Appeal of New Zealand*, Hideo Yoshimoto vs. Canterbury Golf International Limited, 27 de noviembre de 2000. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=802].

en la doctrina, la comprensión de la disciplina de los Principios adquiere una mayor relevancia, pues tal disciplina podría resultar aplicable también a contratos regidos por la Convención.

Precisado lo anterior, y con el objeto de delimitar aún más el alcance de este estudio, hemos decidido concentrarnos, no en todas las disposiciones de la Convención y de los Principios UNIDROIT, sino, como ya se anunció, solo en aquellas referidas a los remedios por incumplimiento. Con la noción de remedio, que, aunque ajena a nuestra tradición, es ampliamente utilizada en la materia¹², no queremos más que hacer referencia a los que la versión castellana de la Convención denomina “derechos y acciones” de la parte afectada con el incumplimiento¹³. Conociendo como conocemos, que habría sido demasiado ambicioso embarcarnos en el análisis de todas las disposiciones de dichos instrumentos, preferimos ir a lo que, según algunos, es el corazón de ambos instrumentos¹⁴ y, como se llega a sostener, de cualquier sistema de derecho de los contratos¹⁵: los derechos y acciones que un contratante tiene a su disposición ante el incumplimiento ocupan, sin dudarlo, una parte importante del análisis de dicha parte al momento de contratar, suelen constituir el foco de la mayor parte de controversias que se presentan en la práctica

-
- 12 Es utilizada en la versión en inglés, original, de la Convención (ver sección 3 del capítulo 2 y sección 3 del capítulo 3 de la Convención) y a ella se hace mención en numerosas disposiciones de los Principios, incluso en su versión castellana (v.gr. arts. 3.7, 6.1.3 [2], 6.1.5 [3], 7.1.5 [2], 7.2.5 y 7.4.1) y en un amplio número de los comentarios preparados por UNIDROIT.
- 13 Afirma Vidal Olivares, en un similar sentido, que “los remedios por incumplimiento son aquellos derechos o facultades que la ley o el contrato confiere a la parte afectada por el incumplimiento, cuyo ejercicio depende del incumplimiento de la otra parte contratante y de la concurrencia de su supuesto de hecho específico”: Álvaro R. Vidal Olivares. “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, n.º 3, pp. 439-477; la noción de “remedio”, en nuestro medio, es utilizada por el profesor Javier Rodríguez, quien la asimila a la de “mecanismos de protección”: Javier Mauricio Rodríguez. “La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa”. En *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, pp. 107-140.
- 14 Arthur Rosett. “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”. En *Uniform Law Review*, vol. 2, 1997, p. 441; Chengwei Liu. Comparison of CISG Article 45/61 Remedial Provisions and Counterpart PECL Articles 8:101 and 8:102. En *Nordic Journal of Commercial Law*, n.º 1, 2004, p. 2.
- 15 “Ningún aspecto de un sistema de derecho de los contratos es más revelador de sus nociones subyacentes, que la parte que prescribe el alivio disponible por el incumplimiento”: Allan Farnsworth. “Damages and Specific Relief”. En *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, p. 247.

y constituyen un tema en que, como en ningún otro, se deben reconciliar las más disímiles aproximaciones de los distintos sistemas legales¹⁶.

Una última aclaración debe hacerse respecto del alcance de este trabajo. Los remedios que son objeto de estudio tanto en uno como en otro instrumento son, principalmente, aquellos de que habla el art. 45 de la Convención, a saber, el cumplimiento específico, que incluye las modalidades particulares de reparación y reemplazo de la prestación defectuosa, la resolución del contrato, la indemnización de perjuicios y la reducción del precio. Los tres primeros por cuanto son, con sus variaciones naturales, los tres remedios por incumplimiento reconocidos en la mayor parte de sistemas jurídicos¹⁷, y el último, que rememora a la *actio quanti minoris* del derecho romano, porque, aún cuando es extraño a algunos sistemas, como el del *common law*, goza en todo caso de innegable protagonismo en los instrumentos de unificación¹⁸

-
- 16 Dicientes resultan, a este respecto, las palabras de Bergsten y Miller en relación con el Proyecto de Convención de 1978: “Entre las disposiciones del Proyecto de Convención sobre Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías que fue más difícil formular y que probablemente generarán mayor controversia, se encuentran aquellas que tienen que ver con los remedios del comprador y del vendedor por el incumplimiento de la otra parte. Muchos aspectos del derecho de las compraventas reflejan prácticas mercantiles, y en la medida en que estas prácticas sean estandarizadas en las transacciones internacionales de compraventa, se reducen los problemas para su formulación dentro de un Proyecto de Convención. Sin embargo, las disposiciones relacionadas con el incumplimiento del contrato no reflejan prácticas mercantiles. Ellas reflejan los esfuerzos de juristas provenientes de muchos sistemas por reconciliar su actitud respecto de las acciones apropiadas que han de ser tomadas por las partes y por el tribunal en caso de incumplimiento. El resultado ha sido una serie de disposiciones que, en nuestra percepción, se encuentra en general en armonía las unas con las otras, pero que a menudo no serán familiares para los abogados provenientes de un sistema legal dado”: Eric E. Bergsten y Anthony J. Miller. “The Remedy of Reduction of Price”. En *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, p. 255; como muestra de lo sensible de la materia, algunos autores británicos se oponen a la ratificación de la Convención por parte de Inglaterra, bajo el argumento de que el sistema de remedios de la Convención difiere notoriamente del sistema inglés. Sobre esta prevención, y en contra de ella, ver Alastair Mullis. “Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts Under the Vienna Convention and English Law; Is There a Substantial Difference?”. En *Contemporary Issues in Commercial Law (Essays in honor of Prof. A.G. Guest)*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, pp. 137-160. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html#156].
- 17 Chengwei Liu. “Remedies available: Comparison between the provisions of CISG Articles 45 and 61 and the counterpart provisions of the PECL Articles 8:101 and 8:102”. En *An Internacional Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the Internacional Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, John Felemegas (ed.). Cambridge University Press, 2007, p. 366.
- 18 Además de la Convención, que la contempla en su art. 50, la reducción del precio goza de reconocimiento, entre otros, en los PECL (art. 9:404) y en el DRAFT (III-3:601).

y de una no despreciable relevancia práctica ante supuestos en que no se encuentran disponibles, por no reunirse las condiciones para su ejercicio, los demás remedios reconocidos en caso de incumplimiento.

Por otra parte, aunque en ambos instrumentos existen disposiciones particulares para los contratos en los que se ha pactado la realización de entregas sucesivas y para los supuestos de incumplimiento anticipado, advertimos que tales disposiciones no forman parte de nuestro trabajo, en buena medida porque las mismas, antes que crear nuevos remedios, establecen modificaciones a los ya existentes¹⁹.

II. MÉTODO DE EXPOSICIÓN

Para la exposición de los temas mencionados, con el alcance que ya ha quedado precisado, hemos optado, no por una división entre los dos instrumentos estudiados con preferencia, esto es, entre la Convención y los Principios, sino por la división de los cuatro temas sustanciales, entiéndase los remedios por incumplimiento, que son analizados (cumplimiento específico, resolución del contrato, indemnización de perjuicios y reducción del precio).

Dentro de cada uno de estos capítulos, que a su vez se encuentran subdivididos en numerales y literales, el lector encontrará una comparación de la disciplina que es proporcionada, tanto por la Convención como por los Principios, para cada uno de esos remedios, con mención igualmente de algunas de las decisiones de tribunales referidas a esas materias, de las posiciones doctrinales existentes, y haciendo énfasis, sobre todo, allí donde se pudo advertir que las disposiciones de los instrumentos no coinciden del todo entre sí, ora porque unas son más completas que otras, ora porque contemplan soluciones contrastantes entre sí.

Como prelude del mencionado análisis sustancial de los remedios por incumplimiento escogidos, el lector encontrará, a modo de capítulo introductorio, una explicación sobre el panorama general del que denominamos derecho internacional de los contratos, con alusión a algunos de los demás instrumentos que también buscan, con un alcance distinto, la unificación del derecho de los contratos. En dicho capítulo introductorio se encontrará también, porque la creemos necesaria, una explicación más detallada de los aspectos generales de la Convención de Viena

19 Así lo reconoce Peter Huber. "CISG – The Structure of the Remedies". En *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n.º 71, 2007, p. 13. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html].

y de los Principios UNIDROIT, como los antecedentes de su creación, su naturaleza, el ámbito de aplicación, su estructura, las reglas generales de interpretación e integración, entre otros. Énfasis se hará allí, además, sobre las distintas posiciones en relación con la posibilidad de acudir a los Principios UNIDROIT para la integración de lagunas de la Convención, aspecto este que servirá de marco general, preparatorio, para cuando nos encontremos, como nos vamos a encontrar recurrentemente a lo largo del estudio, con materias en las que una integración así es sugerida por los autores y, en algunos casos, aplicada por los tribunales.

III. FINALIDAD DE LA TESIS

La presente investigación se propone, por un lado, ofrecer una visión detallada de los principales remedios por incumplimiento que reconocen los instrumentos de unificación escogidos, que comprende la identificación de sus características esenciales, su alcance, los requisitos para su procedencia, sus efectos, los problemas más importantes que se han identificado en relación con su aplicación y las distintas soluciones sugeridas para dichos problemas tanto por la doctrina como por los tribunales que se han ocupado de la materia.

Por otro lado, como quiera que esos remedios conforman, entre sí, el que se suele designar como “sistema” de remedios por incumplimiento, intentaremos, luego del estudio individual de cada remedio, identificar algunas conclusiones acerca de la interacción mutua que existe entre los distintos remedios, y cómo pueden engranar, para un incumplimiento dado, las partes que componen ese sistema.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS

I. PANORAMA GENERAL

Ante el crecimiento del comercio internacional, acentuado tras la Segunda Guerra Mundial, se comenzó a cuestionar cada vez más la conveniencia de que las transacciones internacionales siguieran estando reguladas por el derecho doméstico, cualquiera que fuera, según resultara de la aplicación de las respectivas reglas de derecho internacional privado. Se evidenció, entonces, que la aplicación del derecho doméstico podía resultar inconveniente, no solo porque ella envuelve un potencial riesgo de incrementar los costos de las transacciones¹ y de generar cierta distorsión de competencias entre las partes², sino además, y quizá más importante, porque los derechos locales normalmente son concebidos para disciplinar contratos igualmente domésticos y no suelen contener una regulación adecuada a las características propias de los contratos internacionales³.

En vista de lo anterior, fueron haciéndose cada vez más frecuentes los esfuerzos por elaborar instrumentos encaminados a alcanzar la unificación del derecho de los

-
- 1 En razón de la complejidad de las reglas domésticas sobre derecho internacional privado, para las partes no resulta del todo sencillo conocer cuál derecho será el aplicable a su relación contractual y, aunque siempre es posible obtener asesoramiento legal al respecto, ello conlleva tiempo y costos adicionales. Stefan Vogenauer. "Introduction". En *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Stefan Vogenauer y Jan Kleinheisterkamp (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1; por ende, la existencia de reglas comunes, que podríamos llamar uniformes, permite abaratar, si se quiere, los costos asociados a la negociación y redacción de contratos. Camilla Baasch Andersen. "Defining Uniformity in Law". En *Uniform Law Review*, vol. 12, 2007, p. 29.
 - 2 "Un negocio que se encuentra sujeto a un determinado requisito legal bajo su propio derecho doméstico, como a un largo término de prescripción para efectuar reclamaciones con sustento en la ejecución defectuosa de la prestación, se halla en desventaja respecto de un negocio que es gobernado por unos requisitos menos rigurosos, como un término de prescripción más corto (asumiendo que las reglas de conflicto de leyes conducen en ambos casos a la aplicación de la ley de la parte que tiene a su cargo la ejecución de la prestación). Incluso si el derecho bajo el cual opera la segunda parte permite la modificación contractual de los términos de prescripción, aquella parte sólo estará en capacidad de negociar un término más corto si ofrece algún tipo de compensación": Stefan Vogenauer. "Introduction". En *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 2.
 - 3 Michael Joachim Bonell. "The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts: Why? What? How?". En *Tulane Law Review*, vol. 69, n.º 5, 1995, p. 1123.

contratos internacionales. Una primera herramienta, tradicional, que fue empleada para ese fin, consistió en la suscripción de tratados internacionales o multilaterales, caracterizados por tener carácter vinculante, es decir, por tener aplicación obligatoria siempre que se reunieran los requisitos para su aplicación, salvo que las partes hubieran dispuesto otra cosa. Dentro de ellos podemos mencionar, por ser de interés para nuestro estudio, a la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (ULIS, por sus siglas en inglés) de 1964 y a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, la Convención).

Con el tiempo, sin embargo, se hicieron evidentes algunas desventajas de esta herramienta de unificación. No más su elaboración, que está enmarcada en muchas ocasiones por el interés de los Estados por hacer prevalecer sus posiciones internas o, a lo menos, por evitar que prevalezcan las que no lo son, hace difícil lograr un consenso sobre todas las materias relevantes, lo cual determina, por una parte, que dichos instrumentos usualmente sean fragmentarios y no logren disciplinar ciertos aspectos que a la postre quedan confiados, en desmedro de la unificación, a la regulación del derecho doméstico, y, por otra, que los mismos instrumentos se vean forzados a reconocer, a modo de válvulas de escape para los Estados, numerosas reservas que se erigen en excepciones de su aplicación como *lex contractus* o de la aplicación plena de algunas de sus disposiciones⁴.

A ello se suma, además, que por su naturaleza la entrada en rigor de tales instrumentos y, aún más, su éxito como instrumentos de unificación, depende de su ratificación por cierto número de Estados, con las complejidades adicionales que ello conlleva en el marco de los procedimientos internos de ratificación de tratados internacionales⁵. Esa misma naturaleza impide, por lo demás, que el texto de los instrumentos pueda ser adaptado fácilmente a las nuevas realidades económicas y sociales, pues cualquier modificación exige la anuencia de los Estados Contratantes y nuevos procesos de ratificación internos⁶. La unificación por esta vía se torna, si se quiere, en inflexible⁷.

4 En contra, para el ámbito de la Convención de Viena sobre Compraventa, ver Christopher Kee y Edgardo Muñoz. "In Defence of the CISG". En *Deakin Law Review*, vol. 14, n.º 1, 2009, pp. 108-110. Los autores se proponen presentar evidencia estadística que demuestre que las reservas no han tenido mayor impacto en la aplicación uniforme de la Convención.

5 Jürgen Basedow. "Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". En *Revue de Droit Uniforme/Uniform Law Review*, vol. 5, 2000, p. 129.

6 Henry Deeb Gabriel. "UNIDROIT Principles as a Source for Global Sales Law". En *Villanova Law Review*, vol. 58, 2013, p. 661.

Por esas desventajas, comenzaron a proliferar otras herramientas, no vinculantes, para la unificación del derecho en materia de contratación internacional, como la elaboración de leyes modelo⁸ y de guías legislativas⁹, la codificación de usos y costumbres comerciales¹⁰, y la elaboración de *restatements* de derecho privado. Estos últimos, que fueron modelados a partir de los *Restatement of the Law* elaborados en Estados Unidos por el American Law Institute, surgieron con la idea de establecer un conjunto de reglas generales desprovistas de sanción legislativa y, por ende, de carácter vinculante¹¹, aplicables, en principio, solo por fuerza del acuerdo

-
- 7 “La Convención de Viena fue creada en 1980 como una convención internacional, sin que estuvieran previstas futuras enmiendas o modificaciones. Por supuesto, el texto puede ser cambiado, pero esto involucraría el procedimiento establecido en los Artículos 40 y 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Artículo 40 (2) de esta Convención prevé que cualquier propuesta para modificar la Convención debe ser notificada y aceptada por todos los Estados Contratantes. Una vez aprobada, ella sólo será vinculante para los Estados que la han ratificado. Estados Contratantes de la Convención original que no ratifican tal modificación seguirán estando vinculados por la versión original, tal como lo prescribe el Artículo 40 (2) de la Convención de Viena. Esto conlleva el riesgo de crear una regulación dual para los contratos de compraventa internacional de mercaderías –una para los Estados Contratantes que han ratificado tanto la Convención original como sus enmiendas, y otra para los Estados Contratantes que han ratificado la Convención original pero no sus enmiendas”: Juraj Kotrusz. “Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. En *Uniform Law Review*, vol. 14, 2009, p. 144 (trad. libre); en este sentido, también, Alejandro M. Garro. “The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the UNIDROIT Principles and the CISG”. En *Tulane Law Review*, vol. 69, 1994-1995, p. 1163.
- 8 Las leyes modelo, si bien son negociadas entre Estados, no tienen carácter vinculante y buscan ofrecerse, sobre todo, como una guía para los legisladores nacionales, quienes bien pueden acogerlas en su totalidad, acogerlas con enmiendas o, simplemente, no acogerlas. Ejemplo de este tipo de instrumento, reconocido por su éxito, se encuentra en la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Sobre el tema, de forma general, ver Lesedi Poloko. “Drafting of Legislation in Compliance with Model Laws”. En *European Journal of Law Reform*, vol. 15, 2013, pp. 415-450.
- 9 Similares a las leyes modelo, en cuanto pretenden servir de guía a los Estados en el diseño de políticas y en la elaboración de legislación, las guías legislativas compendian estándares no vinculantes de “mejores prácticas” sobre determinadas materias. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia, a propósito de la cual existe, además, una Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza preparada por la misma CNUDMI. Ambos instrumentos se encuentran disponibles en el siguiente link [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency.html].
- 10 Es el caso, por ejemplo, de los INCOTERMS y de las Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600). Stefan Vogenauer. “Introduction”. En *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 4.
- 11 John Felemegas. “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”. En *Review of the Convention on Contracts for the International*

de las partes¹², redactadas de una forma sucinta y con una terminología neutral¹³, y organizadas de manera sistemática¹⁴.

Como manifestación de esta última tendencia, se encuentran los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales¹⁵ elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT (en adelante, los Principios) en 1994, los cuales hoy cuentan ya con tres ediciones, la última de 2010, y establecen reglas generales aplicables a los contratos comerciales internacionales —no solo a aquellos de compraventa— sobre un amplio número de materias, incluyendo algunas que, por las dificultades ya descritas, no fueron objeto de regulación por la Convención¹⁶. A semejanza de los *restatements* del derecho americano, cada uno de los artículos de los Principios se encuentra acompañado de un comentario que sirve para precisar su contenido, finalidades y posibles aplicaciones¹⁷. Su carácter privado y de simple *restatement*, no está de más decirlo, permite que la modificación de los Principios sea menos engorrosa que la de los tratados internacionales,

Sale of Goods (CISG), 1998, Kluwer Arbitration, 2000-2001, capítulo 4, numeral 6. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html].

- 12 Allan Farnsworth. “Unification and Harmonization of Private Law”. En *Canadian Business Law Journal*, vol. 27, 1996, p. 49.
- 13 Michael Joachim Bonell. “The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, cit., p. 1128.
- 14 Stefan Vogenauer. “Introduction”. En *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 5; Jürgen Basedow. “Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, cit., p. 130.
- 15 En la introducción de 1994, los Principios se atribuyen a sí mismos el carácter de *restatement* internacional de los principios generales del derecho de los contratos, amén de señalar que ellos “reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos, si no en todos”. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., introducción, pp. xxix y xxx. Sobre esta decisión de UNIDROIT, Bonell afirma que “... fue precisamente porque las negociaciones que llevaron a la Convención demostraron ampliamente que ella era lo máximo que podía ser alcanzado a un nivel legislativo, que UNIDROIT abandonó la idea de un instrumento vinculante y en su lugar tomó otro camino para su propio proyecto”: Michael Joachim Bonell. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments?”. En *Uniform Law Review*, vol. 26, 1996, p. 28.
- 16 Dentro de tales materias se encuentran, entre otros, la compensación, los contratos celebrados a favor de terceros, validez, representación, término de prescripción, transferencia de las obligaciones, ilegalidad y pluralidad de deudores y acreedores. Pilar Perales Viscasillas. “Applicable law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”. En *Villanova Law Review*, vol. 58, 2013, p. 734.
- 17 Jürgen Basedow. “Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, cit. p. 130.

lo cual asegura que estén mejor preparados para hacer frente a las nuevas realidades sociales y económicas¹⁸.

Casi simultáneamente con los Principios, la Comisión en Derecho Contractual Europeo¹⁹ (CECL, por sus siglas en inglés), también llamada Comisión “Lando” en honor al profesor Ole Lando, quien la presidió, se dio a la tarea de elaborar, ya no a un nivel global sino solo en el marco de la Unión Europea, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, los PECL, por sus siglas en inglés). En 1995 fue presentada la Parte I de los PECL, que luego en el 2000 fue revisada y complementada con una Parte II²⁰, y en 2003, finalmente, fue presentada la Parte III²¹. En cuanto a su estructura, los PECL incluyen, al igual que los Principios, comentarios explicativos de cada disposición en los que se busca precisar su alcance y aplicación, y además, esto sí a diferencia de los Principios, notas en las que se da cuenta del sistema legal que inspiró la adopción de la respectiva regla²².

Sustancialmente, si bien sus disposiciones son en su mayoría similares a las de los Principios, como ha sido ampliamente reconocido²³, ambos instrumentos difieren en algunos aspectos. Particularmente, los Principios, a la vez que tienen un alcance

18 Juraj Kotrusz. “Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, cit., p. 144.

19 La Comisión estuvo compuesta por expertos provenientes de los países miembros de la Unión Europea, algunos de ellos, no sobra decirlo, también integrantes del grupo de trabajo encargado de la elaboración de los Principios UNIDROIT, que obraban con voz propia y sin representar (ni comprometer) la posición de sus respectivos gobiernos. Ole Lando. “How the Principles of European Contract Law (PECL) were Prepared”. En *European Journal of Law Reform*, vol. 8, 2006, p. 478. En este artículo se puede encontrar un recuento del proceso de elaboración de los PECL.

20 La versión del 2000, que comprende las partes I y II, disciplina lo tocante a las disposiciones generales (capítulo 1); formación (capítulo 2); representación (capítulo 3); validez (capítulo 4); interpretación (capítulo 5); contenido y efectos (capítulo 6); cumplimiento (capítulo 7); incumplimiento y remedios en general (capítulo 8); remedios particulares por incumplimiento (capítulo 9).

21 En la cual se regula lo que atañe a la pluralidad de partes (capítulo 10); cesión (capítulo 11); cambio de deudor y transferencia del contrato (capítulo 12); compensación (capítulo 13); prescripción (capítulo 14); ilegalidad (capítulo 15); condiciones (capítulo 16) y capitalización de intereses (capítulo 17).

22 Ole Lando. “How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared”, cit., p. 480; Jürgen Basedow. “Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, cit., p. 130.

23 Michael Joachim Bonell y Roberta Peleggi. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table”. En *Uniform Law Review*, vol. 9, 2004, pp. 315-396. Los autores concluyen que cerca de dos terceras partes de las disposiciones de los Principios (edición 2004) son replicadas, ora en forma literal ora en cuanto su concepción, por disposiciones de los PECL.

global, esto es, están hechos para el mundo, limitan su campo de influencia a los contratos comerciales internacionales²⁴, en tanto que los PECL tienen un ámbito geográfico limitado, el de los países de la Unión Europea, pero buscan disciplinar todo tipo de contratos, ora internacionales o domésticos, ya comerciales o de consumo²⁵. Estos últimos, además, en su concepción fueron proyectados como parte integrante de un futuro Código Europeo de los Contratos o parte de un Código Civil Europeo²⁶.

Siguiendo con esta evolución, en 2005 la Comisión Europea confió al Study Group on a European Civil Code²⁷ y al Research Group on Existing EC Private Law (Grupo Acquis)²⁸ la tarea de elaborar el Draft Common Frame of Reference (DCFR) también denominado Proyecto de Marco Común de Referencia Europeo, el cual estaría integrado por principios, definiciones y reglas modelo sobre el derecho privado europeo²⁹. En febrero de 2009 fue publicada una edición *outline* del DRAFT³⁰ y luego, en octubre de ese mismo año, la versión completa con comentarios y anotaciones comparativas, compuesta por seis tomos³¹. Además de contener una regulación sobre los contratos en general, que fue tomada, con algunas revisiones,

-
- 24 Como se señala en su preámbulo, los Principios “establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.
- 25 Como lo dispone su art. 1:101 (1), los PECL “tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea”. Michael Joachim Bonell. “UNIDROIT Principles 2004 - The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, cit., p. 14. Para el autor, son estas diferencias, más de política legislativa en cuanto al ámbito de aplicación, las que explican las diferencias que existen entre ciertas disposiciones de los instrumentos.
- 26 Ole Lando. “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?”, cit., p. 123.
- 27 Sobre este grupo y sus publicaciones se puede consultar el siguiente link [www.sgecc.net].
- 28 Sobre este grupo y sus publicaciones se puede consultar el siguiente link [www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de].
- 29 Hector L. Macqueen. “The Common Frame of Reference in Europe”. En *Tulane European y Civil Law Forum*, vol. 25, 2010, p. 179.
- 30 Study Group on a European Civil Code y Research Group on Ec Private Law (Acquis Group). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Christian Von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke (eds.). Múnich, Sellier. European Law Publishers, 2009, pp. 1-643.
- 31 Para una revisión crítica sobre la naturaleza y propósitos del DRAFT, ver, entre otros, Nils Jansen y Reinhard Zimmermann. “A European Civil Code in all But Name’: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”. En *The Cambridge Law Journal*, vol. 69, 2010, pp. 98-112; Hugh Beale. “The Nature and Purposes of the Common Frame of Reference”. En *Juridica International. Law Review*, vol. xiv, 2008, pp. 10-17.

de los PECL³², el DRAFT disciplina otras materias de derecho patrimonial, como las obligaciones en general, tipos específicos de contratos, obligaciones no contractuales (v. gr. gestión de negocios), régimen de propiedad de bienes muebles y derecho fiduciario³³.

En octubre de 2011 la Comisión Europea presentó una propuesta para la regulación del denominado Common European Sales Law (CESL)³⁴, la cual contiene disposiciones tocantes, entre otras cosas, a la formación del contrato de compraventa, su interpretación, obligaciones y remedios por incumplimiento³⁵. Este instrumento, que se encuentra inspirado en las disposiciones del DRAFT, el cual a su vez, se inspira en las del PECL³⁶, busca formar parte de la legislación de los Estados Miembros de la Unión Europea, no desplazando las disposiciones domésticas ya existentes, sino conformando, al pie de ellas, un segundo régimen sobre el contrato de compraventa³⁷, aplicable solo si media el acuerdo de las partes³⁸.

-
- 32 En efecto, los libros II y III del DRAFT, que corresponden respectivamente a los “Contratos y otros actos jurídicos” y a las “Obligaciones y correspondientes derechos”, fueron tomados, salvo algunas desviaciones, de los PECL. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, cit., p. 30. Es por eso que no llama a sorpresa que Bonell y Peleggi, tras conducir un análisis comparativo entre los Principios UNIDROIT y los libros II y III del DRAFT, hubieran concluido, como ya lo habían hecho otrora después de comparar los Principios UNIDROIT con los PECL, que cerca de dos terceras partes de las disposiciones de los Principios fueron acogidas, ya literalmente ya en su concepción, por el DRAFT. Michael Joachim Bonell y Roberta Peleggi. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table”, cit., pp. 437 y ss.
- 33 Nils Jansen y Reinhard Zimmermann. “A European Civil Code in all But Name’: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”, cit., p. 98.
- 34 European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, 2011/0284 (COD), 11 de octubre de 2011. Disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>].
- 35 Así las cosas, su ámbito de aplicación, en cuanto a las materias que son reguladas, es muy similar al de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Ingeborg Schwenzer. “The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods”. En *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 44, n.º 4, 2012, p. 458.
- 36 Sus disposiciones, entonces, tienen rasgos comunes de los Principios UNIDROIT, que son muy similares al PECL según se vio, y de la misma Convención de Viena, que inspiró, como es sabido, varias disposiciones tanto de los Principios UNIDROIT como de los PECL. Eric Clive. “Recent Legal Developments: A Common European Sales Law. A General Perspective on the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”. En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, p. 122.
- 37 “La propuesta propugna por el establecimiento de una Ley Europea Común sobre Compraventa. Ella armoniza los derechos nacionales de los Estados Miembros, no requiriendo enmiendas de los derechos nacionales pre-existentes, sino creando dentro del derecho nacional de cada Estado

El CESL se erige, si se quiere, en una alternativa a la Convención de Viena en los países de la Unión Europea³⁹, aunque se diferencia de esta en varios aspectos. De un lado, mientras la Convención es un instrumento de *opt out*, es decir, aplicable automáticamente independientemente del acuerdo de las partes, que debe existir, de forma circunstancial, solo para excluir su aplicación⁴⁰, el CESL es un instrumento de *opting in* que debe su aplicación al acuerdo expreso de las partes al efecto⁴¹.

-
- Miembro un segundo régimen para los contratos bajo su ámbito de aplicación, que es idéntico a través de toda la Unión Europea y que existirá junto con las reglas pre-existentes del derecho contractual nacional. La Ley Europea Común sobre Compraventa aplicará voluntariamente, bajo el acuerdo expreso de las partes, a un contrato internacional”: European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, cit., p. 8. (trad. libre). Para una revisión de los problemas que plantea la existencia de este “segundo régimen”, particularmente en relación con las reglas de derecho internacional privado, ver Giesela Ruyhl. “The Common European Sales Law: 28 Th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?” En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, 2012, pp. 148-163.
- 38 De ahí que sea considerado un instrumento de “*opting in*”, con la cual se quiere significar que su aplicación depende del acuerdo de las partes al afecto. Caterina Gardiner. “The Proposed Common European Sales Law: A New Direction for European Contract Law?” En *Dublin University Law Journal*, vol. 36, 2013, p. 183.
- 39 “El CESL, como fue propuesto por la Comisión Europea, es una regulación de la Unión Europea y por lo tanto es directamente aplicable a los Estados Miembros. Como un instrumento opcional, no reemplaza *per se* los regímenes nacionales existentes para las compraventas domésticas ni a la Convención de Viena, pero sí otorga a las partes contratantes una opción adicional. Si el CESL es promulgado como se propone, la mayor parte de los Estados Miembros de la Unión Europea tendrán los siguientes regímenes: (1) uno (o más) regímenes domésticos sobre contratos y compraventa de mercaderías; (2) un segundo régimen nacional e internacional para las compraventas comerciales (B2B) internacionales (la Convención de Viena); y (3) un tercer régimen nacional, europeo, para algunas compraventas B2B y para las compraventas B2C.”: Morten M. Fogt. “Private International Law Issues in Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: the CISG and the Proposal for a Common European Sales Law”. En *Columbia Journal of European Law*, vol. 19, 2012-2013, p. 94 (trad. libre).
- 40 Al respecto ver *infra* pp. 37 y ss.
- 41 Según la propuesta de la Comisión Europea, si la Convención de Viena es, en principio, aplicable, el acuerdo respecto de la aplicación de la CESL implica la existencia de un acuerdo implícito sobre la exclusión de la Convención. European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, cit., p. 19. En contra de esta afirmación general, ver Ingeborg Schwenzer. “The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods”, cit., p. 459, donde se plantea que la existencia de un acuerdo implícito sobre la exclusión de la Convención debe ser valorado, de forma exclusiva, a partir de la Convención misma. Morten M. Fogt. “Private International Law Issues in Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: the CISG and the Proposal for a Common European Sales Law”, cit., p. 92. El autor resalta que mientras la aplicación del régimen de la CESL, al suponer una “elección” de las partes, puede ocasionar el surgimiento de problemas relacionados con la formación del contrato y la aplicación de normas de derecho internacional privado, el régimen de aplicación

Por otro lado, la Convención es aplicable únicamente a los contratos comerciales (contratos B2B *business-to-business*)⁴², en tanto que el CESL, si bien puede ser aplicado a tales contratos⁴³, busca primordialmente establecer una disciplina para los contratos de consumo (B2C *business-to-consumer*)⁴⁴. Finalmente, el CESL regula aspectos que no se encuentran regulados por la Convención, como el relacionado con la responsabilidad precontractual, la validez del contrato, términos contractuales injustos y la prescripción⁴⁵.

Después de este recuento, procederemos a ocuparnos de los dos instrumentos que hemos escogido para nuestro estudio, a saber, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales, como se anunció en la introducción de este trabajo, nos ofrecen una versión global de la materia en la cual se halla en todo caso incluida, y con un papel preponderante, la versión europea de esta.

II. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

A. Antecedentes y formación

En una Conferencia Diplomática de La Haya, que tuvo lugar en abril de 1964 y que contó con la participación activa de 28 Estados y con la presencia como obser-

opcional automática, que es el previsto por la Convención en su art. 1 (1) (a), evita las más de las veces el recurso a las normas de conflicto de leyes con las dificultades que ello de ordinario apareja. Con todo, el autor reconoce que el mecanismo de aplicación previsto por la Convención no descarta, de todos modos, la necesidad de acudir en algunas circunstancias a las no siempre ciertas normas de conflicto de leyes, como cuando se trata de encontrar la regulación aplicable a las materias no reguladas por la Convención o a aquellas que, pese a sí serlo, no pueden ser resueltas satisfactoriamente con base en los principios que la inspiran.

42 Ver, a este respecto, art. 2 (a) de la Convención. Sobre el tema *infra* pp. 34 y ss.

43 De acuerdo con la propuesta, el CESL puede ser aplicado a contratos B2B en los que una de las partes tiene el carácter de SME, esto es, una pequeña o mediana empresa en los términos del art. 7. En contra de esta regulación, que crea la dificultad de determinar si se está contratando con una SME, ver Eric Clive. "Recent Legal Developments: A Common European Sales Law. A General Perspective on the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law".

44 Ingeborg Schwenzer. "The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods", cit., p. 461.

45 Recientemente, es preciso anotar, la Comisión Europea abandonó la idea de crear un Common European Sales Law.

valores de otros 4 Estados y de 6 organismos internacionales, fueron adoptadas dos Convenciones: la una, dedicada a regular lo relacionado con el contrato de compraventa internacional de mercaderías (ULIS, Uniform Law for the International Sale of Goods) y la otra, por su parte, encargada de disciplinar lo referente a la formación de dicho contrato (ULFIS, Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods)⁴⁶. La ULIS y la ULFIS, que estuvieron en rigor entre 1972 y 1990, no alcanzaron el éxito esperado⁴⁷ y fueron criticadas, entre otras cosas, por estar fundadas en demasía en la tradición romanista y no ser adecuadas a las exigencias propias del comercio moderno⁴⁸, por estar sesgadas a favor de los vendedores⁴⁹ y por no haber contado, dentro de su proceso de elaboración, con la intervención de los países soviéticos y del denominado tercer mundo⁵⁰.

En 1968, incluso antes de la entrada en rigor de las Convención de la Haya de 1964, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacio-

46 El texto de ambas convenciones se encuentra disponible en línea en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/antecedents.html].

47 Las Convenciones solo fueron ratificadas por 9 Estados y solo 2 de ellos (Gambia e Israel) no formaban parte de la Comunidad Económica Europea. La mayoría de Estados Contratantes, con exclusión de Israel, hicieron uso de algunas de las reservas permitidas por los instrumentos internacionales, como la de someter su aplicación a la existencia de un acuerdo expreso de las partes para cada uno de los contratos (Gambia y Reino Unido), al hecho de que una de las partes tuviera su domicilio en territorio de un Estado Contratante (República Federal de Alemania, Luxemburgo, Holanda y San Marino) o a la circunstancia de que su aplicación sea ordenada como resultado de la aplicación de las normas de conflicto de leyes contenidas en la Convención de la Haya sobre Ley Aplicable a las Compraventas Internacionales de Mercaderías de 1954 (Italia y Bélgica). Michael Joachim Bonell. "Introduction to the Convention". En *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 3. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bbintro.html]; es de admitir, en cualquier caso, que los instrumentos no estuvieron totalmente desprovistos de relevancia práctica, como lo revela el importante número de decisiones, gran parte de ellas provenientes de cortes alemanas, que aplicaron sus disposiciones. Peter Schlechtriem. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Viena, Mainz, 1986, p. 17. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html#a77].

48 Ole Lando. "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law". En *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, p. 379.

49 En detrimento, bajo ese aserto, de los países en desarrollo cuyos compradores se veían enfrentados a un instrumento más provechoso para los vendedores de naciones industrializadas. Peter Schlechtriem. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, cit., p. 17.

50 Franco Ferrari. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law". En *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 1994-1995, p. 190. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/franco.html#54>]. Troy Keily. "Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". En *Nordic Journal of Commercial Law*, n.º 1, 2003, p. 3.

nal CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), que había sido creada recién en 1966 con el objeto de “promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional”⁵¹, acometió la tarea de revisar los mencionados instrumentos con el fin de identificar las modificaciones necesarias para lograr una mayor recepción en los diferentes Estados⁵², para luego emprender, cuando se hizo evidente que tales modificaciones no podrían llevarse a cabo sin una alteración sustancial de dichos instrumentos⁵³, la elaboración de uno nuevo⁵⁴. Finalmente y tras la presentación de un Proyecto de Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1976) y de un Proyecto de Convención sobre Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (1977), la CNUDMI encomendó a una Comisión la tarea de consolidar ambos proyectos dentro de un solo texto, lo cual desembocó en el Proyecto de 1978 (Proyecto de Nueva York), que sería, luego de su aprobación unánime en el seno de la CNUDMI⁵⁵, sometido a la Conferencia Diplomática convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Conferencia Diplomática, que se reunió en Viena durante los meses de marzo y abril de 1980 y que contó con la participación de representantes de 62 Estados y 8 organizaciones internacionales, votó uno a uno los artículos preparados por los comités⁵⁶ y, luego de la inclusión de algunas modificaciones al Proyecto

51 Resolución 2205 (xxi) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, mediante la cual se decide el “Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”. Disponible en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/007/40/IMG/NR000740.pdf?OpenElement>].

52 Michael Joachim Bonell. “Introduction to the Convention”, cit., p. 4.

53 “La cuestión crucial era ésta: ¿sería posible obtener una amplia adopción de las Convenciones de 1964? La Comisión rogó al secretario general que transmitiese los textos de las dos Convenciones de 1964 a los gobiernos y también el comentario del profesor TUNC y que preguntase a los gobiernos si tenían la intención de adherirse a las Convenciones y las razones para sus posiciones. [...] Resultó evidente que las Convenciones de 1964, a pesar de reflejar el gran valor del trabajo realizado, no recibieron las adhesiones suficientes”: John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1987, p. 75.

54 Para ese propósito, fue conformado un grupo de trabajo integrado por representantes de 14 Estados, entre ellos Brasil, Francia, Ghana, Hungría, India, Irán y Japón. Franco Ferrari. “Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law”, cit., p. 192.

55 John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 76.

56 La mayor parte del trabajo, ya en el seno de la Conferencia Diplomática, fue realizado por dos comités: el primero, encargado de la preparación de las disposiciones consideradas “sustanciales”, las cuales se encuentran contenidas en los arts. 1 a 88. El segundo, a cargo de la elaboración de

de 1978^[57], aprobó con unanimidad el conjunto de disposiciones de la que sería a partir de allí la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención, como hemos decidido llamarla a lo largo de este escrito, comenzó a regir el 1 de enero de 1988 después de transcurridos once meses desde las ratificaciones simultáneas de Estados Unidos, China e Italia, con las cuales se completó el número de diez exigido por el art. 99 de la Convención⁵⁸. A día de hoy (4 de mayo de 2015), cuenta con 83 Estados contratantes⁵⁹.

En cuanto a su estructura, la Convención se encuentra compuesta por 101 artículos, que se hallan divididos en partes, estas a su vez en capítulos y estos, a su turno, en secciones. La parte I se ocupa del ámbito de aplicación y de las disposiciones generales; la parte II disciplina lo relativo a la formación del contrato; la parte III, que regula lo que atañe a la compraventa de mercaderías, se encuentra dividida en cinco capítulos (disposiciones generales, obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, transmisión del riesgo y disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador); y finalmente, la parte IV se ocupa de las disposiciones finales.

B. Ámbito de aplicación

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, como su propio nombre lo indica, no está concebida para ser aplicada a todo tipo de contratos y, en esa medida, tiene un ámbito de aplicación limitado en función de diversos factores, como la internacionalidad del contrato, su naturaleza y objeto. A continuación se analizan tales factores, se estudian los criterios de aplicación consagrados en la Convención y se resalta el papel de la autonomía privada en su aplicación.

las disposiciones finales de que tratan los arts. 89 a 101, que se refieren, fundamentalmente, a las etapas para la entrada en vigencia de la Convención y a las declaraciones y reservas de los Estados Contratantes. Michael Joachim Bonell. "Introduction to the Convention", cit., p. 5.

57 Sobre ellas ver John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 77.

58 Artículo 99 (1) de la Convención: "La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92".

59 Ver [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980cisg_status.html].

1. Internacionalidad del contrato de compraventa

La Convención es aplicable a contratos de compraventa “internacional” de mercaderías. El contrato es internacional, para efectos de la aplicación de la Convención, cuando las partes, al momento de celebración del contrato⁶⁰, tienen su establecimiento (o su residencia habitual) en Estados diferentes (art. 1 [1])⁶¹. Así pues, la Convención adopta, en contraste con su antecesor⁶², un único criterio y de carácter subjetivo para determinar la internacionalidad del contrato, siendo suficiente para que exista internacionalidad —mas no para que la Convención sea aplicable⁶³—,

60 Italia, *Tribunale di Rimini*, Al Palazzo S.r.l v. Bernardaud di Limoges S.A., 26 de noviembre de 2002, Caso CLOUT n.º 608. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>]. Italia, *Tribunale di Padova Sez. Este*, Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l., 11 de enero de 2005, Caso CLOUT n.º 651. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>], donde se afirma que “no es relevante el eventual cambio de este requisito en una etapa posterior”. Alemania, *Oberlandesgericht Dresden*, 27 de diciembre de 1999. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991227g1.html>].

61 Art. 1 (1) de la Convención: “[l]a presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías *entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes*”.

62 La ULIS, que precedió a la Convención y que solo llegó a ser ratificada por 9 Estados, contemplaba, junto con el criterio subjetivo referido al lugar de establecimiento de las partes, uno objetivo relacionado con distintos aspectos de la relación contractual, como el hecho de que la transacción involucrara mercaderías vendidas durante un transporte internacional o que serían transportadas internacionalmente, o de que los actos constitutivos de oferta o aceptación fueran realizados en Estados diferentes, entre otros (art. 1 [1] de la ULIS). Ahora bien, la ULIS era aplicable siempre que el contrato, a partir de los criterios objetivo y subjetivo, fuera internacional, siendo irrelevante, por ende, que el contrato se ejecutara por fuera del territorio de los Estados Contratantes e independientemente de la aplicación de las reglas de derecho internacional privado, circunstancias estas que condujeron a que este esquema, denominado “universal” o “*erga omnes*”, fuera criticado por ampliar excesivamente el ámbito de aplicación del instrumento. Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”. En *Journal of Law and Commerce*, vol. 15, 1995-1996, p. 23. Sobre el tema ver también, Peter Winship. “Private International Law and the U.N. Sales Convention”. En *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988, pp. 487-533; John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 100.

63 En efecto, la Convención, también a diferencia de la ULIS, no confunde los criterios de internacionalidad con los criterios de aplicabilidad, de donde se sigue que la sola circunstancia de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes no es suficiente para que la Convención sea aplicable, pues se requiere, además, la configuración de alguno de los criterios de aplicación contemplados en el art. 1 (1) (a) y (b). Franco Ferrari. “Overview of Case Law on the CISG’s International Sphere of Application and its Applicability Requirements (Articles 1[1] [a] and [b])”. En *International Business Law Journal*, n.º 8, 2002, p. 962.

la mera circunstancia de que las partes tengan su establecimiento en territorio de Estados diferentes.

Teniendo las partes su establecimiento en territorio de diferentes Estados, resulta irrelevante, en lo que a la internacionalidad se refiere, el hecho de que las mercaderías nunca crucen las fronteras de un Estado⁶⁴ o de que las partes tengan la misma nacionalidad⁶⁵. Desde otra perspectiva, si las partes no tienen su establecimiento en Estados diferentes, el contrato —aun pese a involucrar a distintos Estados—, no es internacional y, a la sazón, no se encuentra regido por la Convención⁶⁶.

Por último, es importante resaltar que el hecho de que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes es irrelevante 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” (art. 1 [2] de la Convención). Esta disposición, que está concebida como un mecanismo de protección de la confianza de las partes en la aplicación del derecho doméstico, permite excluir la aplicación de la Convención cuando, a pesar de que las partes tenían establecimientos en Estados diferentes al momento de celebración del contrato, una de ellas logra acreditar que esa circunstancia no era, para ese momento, aparente para ambos contratantes⁶⁷.

64 Piénsese, por ejemplo, en un comprador, con establecimiento en China, que contrata con un vendedor, establecido en España, la entrega de ciertas mercaderías desde París hasta Bourdeaux. Peter Huber y Alastair Mullis. *The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners*, Mainz and Norwich, Sellier. European Law Publishers, 2007, p. 50.

65 Es por esto que el art. 1 (3) de la Convención previene que “[a] los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”: Peter Schlechtriem. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”. En *Victoria U. Wellington Law Review*, vol. 36, 2005, p. 782, quien afirma que ni la nacionalidad de las partes ni su calificación como comerciantes incide en la aplicación de la Convención. En igual sentido, Bradley J. Richards. “Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention”. En *Iowa Law Review*, vol. 69, 1983-1984, p. 217.

66 Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, cit., p. 24; Peter Huber y Alastair Mullis. *The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners*, cit., p. 50. Ver Alemania, *Oberlandesgericht Köln*, 27 de noviembre de 1991. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=929].

67 Comentario oficial al art. 1 del Proyecto de 1978 [Contraparte del art. 1 de la Convención), comentario 9. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-01.html].

2. Criterios de aplicación

Como se anotó atrás, la mera circunstancia de que el contrato de compraventa sea celebrado entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes no es suficiente para que la Convención sea aplicable. Para ello se requiere, además, que se configure alguno de los criterios de aplicación previstos alternativamente en el art. 1 (1) (a) y (b) de la Convención.

En virtud del primero, al que la doctrina alude como un criterio de aplicación *directa*⁶⁸, la Convención es aplicable cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y esos Estados tienen el carácter de Estados contratantes (art. 1 [a] de la Convención), esto es, son de aquellos en los que el instrumento ya ha entrado en vigor⁶⁹. De ese modo la Convención contempla un mecanismo que permite su aplicación directa y que excluye, por esa vía, la necesidad de acudir a las reglas de derecho internacional privado⁷⁰. En todo caso, y aun a pesar de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, la aplicación de la Convención puede resultar excluida si el *forum* es un Estado no contratante⁷¹.

68 Así, por ejemplo, Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, cit., p. 33; también se le considera como un mecanismo *autónomo* de aplicación de la Convención, como quiera que no depende del recurso a las reglas de derecho internacional privado. Peter Huber y Alastair Mullis. *The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners*, cit., p. 51.

69 Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, cit., p. 35.

70 Pilar Perales Viscasillas. “Applicable law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”, cit., p. 739. Así, el que las reglas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación de una ley diferente no previene, si las partes tienen sus establecimientos en Estados contratantes diferentes, la aplicación de la Convención. En ese sentido, Isaak L. Dore. “Choice of Law Under the International Sales Convention: a U.S. Perspective”. En *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 531; comentario oficial al art. 1 del Proyecto de 1978 [Contraparte del art. 1 de la Convención], comentario 6, cit. Petrochilos afirma que es esa, la exclusión de las reglas de derecho internacional privado, la razón que motiva la existencia del criterio contenido en el art. 1 (1) (a). Georgios C. Petrochilos. “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”. En *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 52, 1999, p. 194.

71 En efecto, en ese caso el tribunal no está obligado a tener en cuenta la Convención –y, por supuesto, tampoco el art. 1 (1) (a)– y debe dar aplicación a las reglas de derecho internacional privado del *forum*, las cuales bien pueden apuntar hacia la aplicación de la ley de un Estado no contratante. Isaak L. Dore. “Choice of Law Under the International Sales Convention: a U.S. Perspective”, cit., p. 531; Franco Ferrari. “Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability and Private International Law”. En *Journal of Law and Commerce*, vol. 15, 1995-1996, p. 166; Peter Winship.

En cuanto hace al segundo criterio, si no se configuran los supuestos del criterio de aplicación directa contenidos en el art. 1 (1) (a)⁷², porque solo una de las partes o, incluso, ninguna de ellas, tiene su establecimiento en un Estado contratante, la Convención igualmente puede ser aplicada, ahora de forma *indirecta*, si las reglas de derecho internacional privado del lugar de la sede⁷³ prevén la aplicación de la ley de un Estado contratante (art. 1 [1] [b] de la Convención)⁷⁴.

Es necesario resaltar, sin embargo, que la adopción del criterio de aplicación indirecta contenido en el art. 1 (1) (b) de la Convención no fue pacífica dentro de la Conferencia Diplomática⁷⁵, por lo que fue creada, para los Estados que no estuvieran conformes con ella, la posibilidad de “declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que *no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención*” (art. 95 de la Convención)⁷⁶.

“Private International Law and the U.N. Sales Convention”, cit., p. 520; comentario oficial al art. 1 del Proyecto de 1978 (Contraparte del art. 1 de la Convención), comentario 6, cit.

72 Así, el criterio contenido en el art. 1 (1) (b) se aplica de forma subsidiaria y alternativa al previsto en el art. 1 (1) (a), de donde resulta, de un lado, que no se precisa la configuración de ambos criterios para que la Convención sea aplicable, de otro, que la verificación del criterio contenido en el art. 1 (1) (a) hace innecesario el análisis del criterio consagrado en el 1 (1) (b), y finalmente, y como consecuencia lógica de lo anterior, que este solo reviste de importancia cuando no se configuran los supuestos de aquel. Georgios C. Petrochilos. “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, cit., p. 192.

73 Aunque el art. 1 (1) (b) no lo precisa, se ha entendido que este alude a las reglas de derecho internacional privado del lugar de la sede o *forum*. Ver, en este sentido, Italia, *Tribunale di Vigevano, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A.*, 12 de julio de 2000. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>].

74 El art. 1 (1) (b), como lo reconocen algunos, no solo produce el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de la Convención, sino también, y todavía más importante, el de reemplazar las leyes domésticas de los Estados Contratantes en materia de compraventa por las reglas que sobre ella consagra la Convención. Es decir, esa disposición asegura que allí donde sea aplicable la ley de un Estado contratante, por así resultar de la aplicación de las reglas de conflicto del *forum*, se aplique la Convención de Viena y no el derecho local en materia de compraventa. Georgios C. Petrochilos. “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, cit., p. 195. Como lo afirman Huber y Mullis, el art. 1 (1) (b) opera como una “regla interna de conflicto de leyes”, de modo que si una compraventa internacional aterriza al derecho de un Estado contratante, ese derecho deba corresponderse con el derecho de la Convención. Peter Huber y Alastair Mullis. *The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners*, cit., p. 53.

75 Bradley J. Richards. “Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention”, cit., p. 221.

76 En la actualidad, de los 83 Estados parte en la Convención un total de 9 han realizado la reserva

3. Contratos de compraventa

Como ya se anotó anteriormente, la Convención, a diferencia de los Principios, no es aplicable a todos los contratos internacionales, sino tan solo a aquellos que tienen el carácter de compraventas. Ante la ausencia de una definición en la Convención, la compraventa comúnmente es definida a partir de la descripción de las obligaciones que genera para ambas partes, de donde se concluye que ella, en el sentido de la Convención, es un contrato por el cual una de las partes, el vendedor, se obliga a entregar unas mercaderías, a transferir su propiedad y a entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas (art. 30), mientras la otra, el comprador, se obliga por su parte a pagar el precio y a recibir las mercaderías en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención (art. 53)⁷⁷.

El art. 3 (1) de la Convención previene que se consideran compraventas “los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción”. Así, la Convención es aplicable, no solo a aquellos contratos que recaen sobre productos finales, sino también a los que imponen al vendedor la obligación

de que trata el art. 95, entre los cuales se destacan Estados Unidos de América, China, Singapur, Eslovaquia y República Checa. Al respecto puede consultarse el siguiente link [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html]. Para una crítica de las razones esgrimidas por los Estados Unidos de América para realizar la reserva del art. 95, ver Francesco G. Mazzotta. “Reconsidering the CISG Article 95 Reservation Made by the United States of America”. En *International Trade and Business Law Review*, vol. 17, 2014, pp. 442-446; para una similar conclusión, ahora para el caso de Singapur, ver Gary F. Bell. “Why Singapore Should Withdraw its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”. En *Singapore Yearbook of International Law*, vol. 9, 2005, pp. 55-73. La reserva, de no poca importancia durante los primeros años de vigencia de la Convención. CISG-AC Opinion n.º 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG*. Rapporteur: Ulrich G. Schroeter, 2013, párr. 3.2.

77 Ver, en este sentido, Jelena Perović. “Selected Critical Issues Regarding the Sphere of application of the CISG”. En *Belgrade Law Review*, año LIX, n.º 3, 2011, p. 182. En igual sentido, Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. Oceana Publications, 1992, p. 27. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art01a] (trad. libre); Peter Winship. “The Scope Of The Vienna Convention On International Sales Contracts”. En *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Galston & Smit ed., 1984, pp. 1-21. Italia, *Tribunale di Forlì*, Officine Maraldi S.p.A. v. Intessa BCI S.p.A. National Bank of Egypt, H.U. Gas Filling Plant Aswan- Usama Abdallah and Co., 16 de febrero de 2009. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>].

de producir o manufacturar tales productos con materiales proporcionados por el comprador⁷⁸, para lo cual se precisa, sin embargo, que esos materiales, suministrados por el comprador, no constituyan lo que la disposición denomina una “parte sustancial” de los “materiales necesarios” para la producción o manufactura.

A más del supuesto de que trata el art. 3 (1), el art. 3 (2) de la Convención previene que “[l]a presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”, de donde resulta, *contrario sensu*, que la Convención es aplicable a aquellos contratos que, además de aparejar la entrega de las mercaderías, implican la prestación de servicios, siempre que la “parte principal” de las obligaciones de quien entrega las mercaderías no consista en la prestación de tales servicios. Piénsese, por ejemplo, en el vendedor de una línea de ensamblaje que asume la obligación de instalar dicha línea en la fábrica del comprador⁷⁹ o en el que se obliga a instruir a los funcionarios del comprador respecto del uso de la máquina objeto del contrato⁸⁰.

4. Contratos de compraventa de mercaderías

La Convención es aplicable a las compraventas internacionales de “mercaderías”⁸¹. Aunque la Convención no se ocupa de precisar qué debe entenderse por “mercadería”⁸², en general es admitido que ella es aplicable a compraventas que recaen sobre bienes que tienen, para el momento de la entrega⁸³, el carácter de corporales y

-
- 78 Peter Huber y Alastair Mullis. *The CISG. A New Textbook for Students and Practicioners*, cit., p. 44.
- 79 Schlechtriem. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, cit., p. 787.
- 80 CISG-AC CISG-AC Opinion n.º 4. *Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)*. Rapporteur: Pilar Perales Viscasillas, 2004, párr. 3.1.
- 81 La versión en inglés emplea la expresión “goods” y la versión en Francés, a diferencia de la expresión “objets mobiliers” que utilizaba la versión francesa de la ULIS, emplea la noción de “marchandises”.
- 82 Bradley J. Richards. “Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention”, cit., p. 227; en la definición del concepto, según lo han admitido algunos, debe evitarse el expediente de acudir a la aplicación de las definiciones provistas por los derechos domésticos. United Nations Commission on International Trade Law Uncitral. *Digest of Case Law on The United Nations Convention on the Internaciona Sales of Goods*, New York, United Nations, 2008, p. 6.
- 83 Italia, *Tribunale di Forlì*, Officine Maraldi S.p.A. v. Intessa vci S.p.A.. National Bank of Egypt, H.U. Gas Filling Plant Aswan - Usama Abdallah and Co., 16 de febrero de 2009, cit. No se requiere, por contera, que los bienes tengan esas características para el momento de celebración del contrato. Jelena Perović. “Selected Critical Issues Regarding the Sphere of application of the CISG”, cit., p. 194.

muebles⁸⁴. El instrumento, a la sazón, no es aplicable a contratos de compraventa que recaen sobre bienes raíces ni sobre bienes intangibles, como lo son los derechos de propiedad industrial⁸⁵, el *good will*⁸⁶ y la participación en una compañía⁸⁷.

5. Compraventas internacionales no regidas por la Convención

El art. 2 de la Convención enuncia ciertos contratos que, aunque pueden ser considerados contratos de compraventa internacional de mercaderías en los términos ya destacados, no se encuentran regidos por la Convención. La enunciación, que es exhaustiva⁸⁸, atiende, ora al propósito para el cual son adquiridas las mercaderías, ora al tipo de transacción, o al tipo de mercaderías que son objeto del contrato⁸⁹.

En atención al fin para el cual son adquiridas, el art. 2 (a) de la Convención excluye la aplicación del instrumento a compraventas de mercaderías “compradas para uso personal, familiar o doméstico”⁹⁰. Tales contratos, que la doctrina no duda

84 Roland Loewe. “Presentation at the 1997 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot on the CISG - The Sphere of Application of the United Nations Sales Convention”. En *Pace International Law Review*, vol. 10, n.º 1, 1998, p. 81. En este sentido, Suiza, *Kantonsgericht Zug*, 21 de octubre de 1999, Caso CLOUT n.º 328. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html>].

85 Schlechtriem. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, cit., p. 786.

86 Suiza, *Tribunal cantonal du Valais*, 2 de diciembre de 2002. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021202s1.html>].

87 Hungría, Laudo arbitral de 20 de diciembre de 1993, Caso n.º AZ Vb 92205. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=70].

88 United Nations Commission on International Trade Law Uncitral. *Digest of Case Law on The United Nations Convention on the International Sales of Goods*, cit, p. 5.

89 Para esta presentación de las distintas exclusiones contenidas en el art. 2, ver Warren Khoo. “Article 2”. En *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 36. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/khoo-bb2.html].

90 Lo determinante, en este caso, es el propósito del comprador de las mercaderías al momento de celebración del contrato, al margen de si tal uso deseado en ese momento se condice con el dado finalmente a las mercaderías adquiridas. John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 108; Austria, *Oberster Gerichtshof*, 11 de febrero de 1997, Caso CLOUT n.º 190. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970211a3.html>] (“El uso deseado para las mercaderías, y no el uso efectivo, debe ser considerado”) (trad. libre); es preciso, para que sea posible excluir la aplicación de la Convención, que ese uso personal, familiar o doméstico sea el propósito exclusivo para la adquisición de las mercaderías objeto del contrato, por lo que si el comprador, junto con ese propósito, persigue también otro, la Convención es aplicable. Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly

en catalogar como de consumo, se encuentran por fuera del ámbito de aplicación de la Convención, a menos que, en términos del mismo art. 2 (a), “el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, *no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso*”⁹¹.

Los literales b y c del art. 2 excluyen la aplicación de la Convención, atendiendo ahora al tipo de compraventa, respectivamente a las ventas celebradas en subastas⁹² y a ventas judiciales⁹³.

Por último, y en consideración al tipo de mercaderías objeto del contrato de compraventa, el art. 2 excluye la aplicación de la Convención a compraventas que recaen sobre valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (literal d.)⁹⁴,

Writing”, cit., p. 73; corresponde al comprador, potencial beneficiado con la aplicación de disposiciones domésticas de protección al consumidor, demostrar que ha adquirido las mercaderías para alguno de los fines indicados en el art. 2 (a) de la Convención. Warren Khoo. “Article 2”, cit., p. 38.

91 La Convención, entonces, es aplicable a contratos de consumo si el vendedor, para el momento de celebración del contrato, no sabía ni podía saber que el comprador pretendía adquirir las mercaderías con un fin personal, familiar o doméstico. Como quiera que lo determinante es el conocimiento (actual o potencial) del vendedor al momento de celebración del contrato, resulta irrelevante si con posterioridad a ese momento advierte el propósito personal del comprador de las mercaderías. Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods...*, cit., p. 33.

92 La exclusión de las ventas celebradas en subastas obedeció, entre otras razones, a las particularidades que tales ventas representan en relación con la formación del contrato y a la existencia, no poco frecuente, de regulaciones domésticas sobre la materia. John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 109; Schlechtriem, quien afirma que el motivo de la exclusión radicó en el carácter eminentemente local que caracterizaba a las ventas en subastas para el momento de elaboración de la Convención, estima que en la actualidad, habida cuenta del creciente uso de las subastas internacionales, la exclusión debe limitarse a aquellas subastas del orden local. Peter Schlechtriem. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, cit., p. 787.

93 La versión en inglés de la Convención se refiere, quizá con mayor exactitud, a compraventas “on execution or otherwise by authority of law”. La exclusión, que ya existía en el marco de la ULIS, se fundamenta en el hecho de que en tales ventas las partes usualmente no cuentan con la posibilidad de negociar las condiciones del contrato, en la existencia de disposiciones domésticas —de ordinario imperativas— sobre la materia y en la reducida relevancia que revisten tales operaciones en el tráfico internacional. Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, cit., p. 78; comentario oficial al art. 2 del Proyecto de 1978 (Contraparte del art. 2 de la Convención), comentario 6, cit.

94 Quedan así excluidas del ámbito de aplicación de la Convención, entre otras, las compraventas de facturas, cheques y acciones. Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods...*, cit., p. 34. De ordinario se afirma que la razón de esta exclusión radica en que algunos sistemas jurídicos no consideran a los efectos de

buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves (literal e.)⁹⁵, y electricidad (literal f.)⁹⁶.

6. Papel de la autonomía privada (opting in y opting out)

La autonomía privada, que es reconocida como uno de los principios que subyace las disposiciones de la Convención⁹⁷, puede desplegar un rol importante en

comercio como “mercaderías”. En este sentido, Warren Khoo. “Article 2”, cit., p. 36. En contra, Ferrari, quien sostiene que esa justificación no es defendible por cuanto la Convención bien habría podido adoptar una definición de “mercadería” que comprendiera también esos efectos, por lo que la verdadera razón de la exclusión consiste, a su juicio, en la necesidad de evitar la aplicación conflictiva de la Convención y de disposiciones domésticas que regulan las transacciones sobre tales efectos y que tienen, en algunos casos, carácter imperativo. Franco Ferrari. “Recent Developments: CISG Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, cit., p. 78.

95 Según se menciona en el comentario oficial al art. 2 del Proyecto de 1978, la exclusión de las compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves obedece a la existencia de diferentes aproximaciones que acogen los derechos nacionales en relación con tales objetos. Además, las transacciones sobre dichos bienes normalmente se encuentran sujetas a requisitos especiales de registro cuya aplicación, que puede diferir notablemente de un lugar a otro, podría dificultar la definición del ámbito de aplicación de la Convención. comentario oficial al art. 2 del Proyecto de 1978 (Contraparte del art. 2 de la Convención), comentario 9, cit. La disposición de la Convención, en contraste con el art. 5 (1) (b) de la ULIS, no restringe el alcance de la exclusión únicamente a las compraventas que recaen sobre los buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves que se encuentran sujetos a registro según el derecho nacional. Warren Khoo. “Article 2”, cit., p. 38.

96 “Este subpárrafo excluye las compraventas de electricidad del ámbito de esta Convención bajo la base de que en muchos sistemas legales la electricidad no es considerada una mercadería y, en cualquier caso, la venta internacional de electricidad presenta problemas únicos que difieren de aquellos que se presentan en las compraventas internacionales de mercaderías usuales”: comentario oficial al art. 2 del Proyecto de 1978 (Contraparte del art. 2 de la Convención), comentario 10, cit. (trad. libre).

97 El principio, según los autores, se encuentra reconocido en el art. 6 de la Convención, según el cual “[l]as partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”. Ulrich Magnus. “General Principles of UN-Sales Law”. En *International Trade and Business Law*, vol. 3, 1997, p. 42; André Jansen y Sörren Claas Kiene. “The CISG and Its General Principles”. En *CISG Methodology*, Janssen y Meyer (eds.), Múnich, Sellier, 2009. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1595989>]. Bojidara Borisova. “Freedom of Contract: Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG”. En *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, John Felemegas (ed.), Cambridge Univer-

la determinación de su aplicabilidad. Esta, sumada al carácter dispositivo de las disposiciones del instrumento⁹⁸, permite a las partes, ya sea excluir la aplicación de la Convención cuando quiera que ella es —por reunirse los requisitos antes señalados—, en principio aplicable (*opting out*), o disponer la aplicación de la Convención a pesar de la ausencia de tales requisitos (*opting in*).

a. Opting out

El art. 6 de la Convención, además de prevenir que las partes pueden establecer excepciones o modificar los efectos de la Convención, establece que las partes pueden excluir la aplicación de la totalidad del instrumento internacional. Así, la Convención, aún tratándose de compraventas internacionales de mercaderías comprendidas dentro de su esfera de aplicación, puede no ser aplicable si las partes, en ejercicio de la autonomía a ellas reconocida, así lo deciden. Expresado de otra forma, la ausencia de un acuerdo que excluya su aplicación constituye una condición para que la Convención sea aplicable⁹⁹.

Es necesario señalar, en relación con el alcance de la autonomía privada en tratándose de la exclusión de la Convención, que el art. 6 no resuelve expresamente, como sí lo hacía su antecesora¹⁰⁰, si la exclusión debe ser expresa o si puede ser, además, tácita o implícita¹⁰¹.

sity Press, 2007, pp. 39-44. Marlene Wethmar-Lemmer. "Party Autonomy and International Sales Contracts". En *Journal of South African Law*, vol. 2011, n.º 3, 2011, p. 431; para el reconocimiento de la autonomía privada como principio de la Convención, ver Italia, *Tribunale di Rimini*, 26 de noviembre de 2002, Caso CLOUT n.º 608, cit.

98 Sobre el carácter dispositivo de la Convención, Bojidara Borisova. "Freedom of Contract: Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG", cit., p. 40; España, *Audiencia Provincial de Alicante*, BSC Footwear Supplies vs. Brumby SL, 16 de noviembre de 2000. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=796].

99 United Nations Commission on International Trade Law Uncitral. *Digest of Case Law on The United Nations Convention on the International Sales of Goods*, cit., p. 33.

100 El art. 3 de la ULIS establecía que las partes eran libres de excluir total o parcialmente la aplicación del instrumento internacional y que, de ser el caso, podían hacerlo de forma expresa o implícita. Ver texto de la ULIS en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html].

101 Para un caso de exclusión expresa de la Convención, ver Canadá, *Court of Queen's Bench of Saskatchewan*, Beechy Stock Farm (1996) Ltd. vs. Managro Harvestore Systems (1977) Ltd. and Big Dutchman International GmbH, 3 de abril de 2002. Disponible en [http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020403c4.html].

La posición mayoritaria, tanto en la doctrina¹⁰² como en los tribunales¹⁰³, se decanta por la admisibilidad de la exclusión tácita. La no mención a ella en el art. 6, se afirma, lejos de justificarse en un rechazo hacia la exclusión implícita, obedeció a la necesidad de evitar que los tribunales asumieran con ligereza la existencia de una exclusión —tácita— de la Convención¹⁰⁴. Así lo corrobora, por lo demás, el hecho de que en el seno de la Conferencia Diplomática hubiera sido rechazada una propuesta encaminada a que el art. 6 exigiera que la exclusión se realizara de forma expresa¹⁰⁵.

La exclusión implícita, por supuesto entre quienes la hallan admisible, supone la existencia de evidencia inequívoca de que las partes conscientemente tuvieron la intención de excluir la aplicación de la Convención¹⁰⁶, lo cual exige, como es apenas

-
- 102 Michael Joachim Bonell. “Article 6”, cit., p. 54. Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods...*, cit., p. 47; Marlene Wethmar-Lemmer. “Party Autonomy and International Sales Contracts”, cit., p. 436; Peter Winship. “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts”, cit., pp. 1-34.
- 103 Ver, entre muchos otros, Italia, *Tribunale di Vigevano*, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 12 de julio de 2000, cit.; Italia, *Tribunale di Forlì*, Officine Maraldi S.p.A. v. Intessa BCI S.p.A. National Bank of Egypt, H.U. Gas Filling Plant Aswan - Usama Abdallah and Co., 16 de febrero de 2009, cit.; Austria, *Oberlandesgericht Linz*, 23 de enero de 2006. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>]; Francia, *Cour de cassation*, Société D... SARL v. Société S..., 25 de octubre de 2005, Caso CLOUT n.º 837. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051025f1.html>].
- 104 En el comentario oficial al art. 3 del Proyecto de 1978 se señala, en efecto, que “[l]a segunda oración del artículo 3 de la ULIS, que prevé que ‘tal exclusión puede ser expresa o implícita’, ha sido eliminada porque la especial referencia a la exclusión ‘implícita’ podría alentar a las cortes a concluir, con bases insuficientes, que la Convención ha sido excluida en su totalidad”: comentario oficial al art. 5 del Proyecto de 1978 (Contraparte del art. 6 de la Convención), comentario 2. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-06.html] (trad. libre).
- 105 United Nations Commission on International Trade Law Uncitral. *Digest of Case Law on The United Nations Convention on the International Sales of Goods*, cit., p. 34. En contra, Winship, quien menciona que la historia legislativa de la Convención, que también revela que fueron rechazadas propuestas dirigidas a permitir expresamente la exclusión implícita de la Convención, no es concluyente sobre el tema. Peter Winship. “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts”, cit., pp. 1-34.
- 106 “Deben existir claras indicaciones de que las partes realmente quisieron tal exclusión, esto es, debe existir un acuerdo real, en oposición a uno retórico, ficticio o hipotético, sobre la exclusión”: Franco Ferrari. “CISG Rules on Exclusion and Derogation”. En *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N Sales Convention*, Franco Ferrari, Harry Flechtner y Ronald A. Brand (eds.), Múnich y Londres, Sellier. European law publishers y Sweet and Maxwell, 2004, p. 122 (trad. libre); Austria, *Oberlandesgericht Linz*, 23 de enero de 2006, cit. (“Las partes también pueden excluir la Convención de Viena implícitamente si su común intención es expresada

natural, la interpretación del acuerdo entre las partes, con recurso, según una opinión generalizada, a las reglas que para el efecto se encuentran contenidas en el art. 8 de la Convención¹⁰⁷. En todo caso debe preferirse, si existe duda, la interpretación que desemboque en la aplicación de la Convención (*in dubio pro conventione*)¹⁰⁸.

Sin demeritar la relevancia que tienen las circunstancias del caso concreto, se han identificado ciertas circunstancias que pueden dar lugar a la exclusión tácita de la Convención. La designación de la ley de un Estado no contratante, esto es, de un Estado que no ha ratificado la Convención, normalmente es tenida como una exclusión implícita del instrumento internacional¹⁰⁹. Conclusión distinta se

inequívocamente”) (trad. libre); Austria, *Oberster Gerichtshof*, 22 de octubre de 2001. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cases/011022a3.html] (“solo se puede asumir una exclusión implícita si la correspondiente intención de las partes es suficientemente clara”) (trad. libre); Fogt sostiene que es preciso, para poder concluir que las partes excluyeron la aplicación de la Convención, verificar tres aspectos. De un lado, que las partes tenían conocimiento de la Convención y eran conscientes de su aplicabilidad automática. De otro, que los contratantes alcanzaron la decisión de excluir la aplicación de la Convención y actuaron coherentemente con ese entendimiento, lo cual supone, según el autor, la existencia de una decisión inequívoca en ese sentido, y, finalmente, que esa decisión es el resultado del acuerdo de ambas partes y no de la imposición unilateral de una de ellas. Morten M. Fogt. “Private International Law Issues in Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: the CISG and the Proposal for a Common European Sales Law”, cit., p. 90; en contra de esta opinión, particularmente en lo que se refiere a la exigencia de que las partes sean conscientes de la aplicabilidad de la Convención, ver CISG-AC Opinion n.º 16, *Exclusion of the CISG under Article 6*. Rapporteur: Lisa Spagnolo, 2014, párr. 4.1; en cuanto a la carga de la prueba, es admitido que la misma recae en la parte que pretende excluir la aplicación de la Convención. Ver Francia, *Cour d'Appel de Paris*, 6 de noviembre de 2001. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=772].

107 John O. Honnold. *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 129; William P. Johnson. “Understanding Exclusion of the CISG: A New Paradigm of Determining Party Intent”. En *Buffalo Law Review*, vol. 59, 2011, p. 265; Austria, *Oberster Gerichtshof*, 22 de octubre de 2001, cit.; Austria, *Oberlandesgericht Linz*, 23 de enero de 2006, cit.

108 CISG-AC Opinion n.º 16, *Exclusion of the CISG under Article 6*, párr. 3.5 y 3.7, cit.; Morten M. Fogt. “Private International Law Issues in Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: the CISG and the Proposal for a Common European Sales Law”, cit., p. 93; Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods...*, cit., p. 47; Marlene Wethmar-Lemmer. “Party Autonomy and International Sales Contracts”, cit., p. 436; Georgios C. Petrochilos. “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, cit., p. 205; Austria, *Oberster Gerichtshof*, 22 de octubre de 2001, cit.

109 Michael Joachim Bonell. “Article 6”. En *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 54. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb6.html]; Bojidara Borisova. “Freedom of Contract: Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG”, cit., p. 42; Peter Schlechtriem. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, cit., p. 784; Italia, *Tribunale di Padova Sez. Este*, 11 de enero de 2005, Caso CLOUT n.º 651, cit.; Franco Ferrari. “Remarks on

impone, de ordinario, si las partes convienen la aplicación de ley de un Estado contratante, pues la Convención, desde su ratificación, pasa a formar parte del derecho interno de dicho Estado¹¹⁰.

Si las partes, más allá de designar de forma general la ley de un Estado contratante (v. gr. La ley alemana), hacen referencia específica a codificaciones o estatutos del derecho doméstico de dicho Estado (v. gr. BGB)¹¹¹, se impone la conclusión de que ellas quisieron excluir la aplicación de la Convención.

-
- the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG". En *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, 2005-2006, p. 23.
- 110 CISG-AC Opinion n.º 16, *Exclusion of the CISG under Article 6*, cit, párr. 4.2; Marlene Wethmar-Lemmer. "Party autonomy and international sales contracts", cit., p. 441; William P. Johnson. "Understanding Exclusion of the CISG: A New Paradigm of Determining Party Intent", cit., p. 223; Franco Ferrari. "Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG", cit., p. 25; Georgios C. Petrochilos. "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention", cit., p. 204; ver, entre muchos otros casos, Estados Unidos, *U.S. District Court, Northern District of California, San Jose Division*, Asante Technologies, Inc. vs. PMC-Sierra, Inc., 27 de julio de 2001, Caso CLOUT n.º 433. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>]; Bélgica, *Tribunal de commerce Namur*, SAP. vs. AWS, 15 de enero de 2002. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020115b1.html>]; Estados Unidos, *U.S. Court of Appeals (5th Circuit)*, BP International, Ltd. and BP Exploration & Oil, Inc., Plaintiffs-Appellants v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador, et al., Defendants, Empresa Estatal Petroleos de Ecuador and Saybolt, Inc., Defendants-Appellees, 11 de junio de 2003, Caso CLOUT n.º 575. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>]; Rusia, Laudo arbitral del 10 de febrero de 2000, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, Caso n.º 340/1999. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=876]; Italia, *Tribunale di Padova Sez. Este*, 11 de enero de 2005, Caso CLOUT n.º 651, cit.; Alemania, *Oberlandesgericht Dresden*, 27 de diciembre de 1999, cit.; en contra de esta solución, Laudo arbitral de enero de 1995, Caso CCI n.º 7754. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=519&step=FullText]; Italia, *Ad Hoc Arbitral Tribunal - Firenze*, Società X vs. Società Y, 19 de abril de 1994. Disponible en [www.unilex.info/case.cfm?id=60]; Estados Unidos, *United States District Court, Rhode Island District*, American Biophysics vs. Dubois Marine Specialties, a/k/a Dubois Motor Sports, 30 de enero de 2006. Disponible en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>]. Para una crítica de esta decisión, y de otras decisiones norteamericanas que siguen la misma tesis, ver William P. Johnson. "Understanding Exclusion of the CISG: A New Paradigm of Determining Party Intent", cit., pp. 213-292.
- 111 Bojidara Borisova. "Freedom of Contract: Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG", cit., p. 42, quien señala que en esos casos se precisa, para que se pueda entender que ha existido una exclusión implícita de la Convención, la existencia de una indicación clara de que las partes han escogido la aplicación de las disposiciones domésticas del Estado Contratante; Peter Schlechtriem. "Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG", cit., p. 785; Fritz Enderlein y Dietrich Maskow. *International Sales Law. United Convention on Contracts for International Sale of Goods...*, cit., p. 47; Marlene Wethmar-Lemmer. "Party Autonomy and International Sales Contracts", cit., p. 443; Franco Ferrari. "Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability and Private International Law",