

EL CARÁCTER DISPOSITIVO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Dr. Alejandro Bettoni Traube¹
abettoni@asejur.com

(Recibido 20/8/2017 Aceptado 14/4/2018)

RESUMEN

En el 2017, el Estado costarricense ha dado los primeros pasos formales para adherirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Una vez en vigor, la Convención aplicará directamente como derecho material uniforme a las contrataciones internacionales en las que figure un establecimiento localizado en Costa Rica y se presenten en su ámbito geográfico y material. Pero las partes contractuales pueden derogar la Convención en forma total o parcial, expresa o implícita, y también pueden someterse a esta cuando el contrato no entre dentro de su ámbito de aplicación.

Palabras clave: *compraventa internacional de mercaderías, Lex Mercatoria, derecho internacional privado, autonomía de la voluntad privada.*

ABSTRACT

In 2017, the Costa Rican State took the first formal steps to accede to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Once in force, the Convention will apply directly as uniform material law to international contracts involving an establishment located in Costa Rica and falling within its geographical and material scope. However, the contractual parties may exclude the Convention in whole or in part, expressly or implicitly, and may also be bound by it where the contract does not fall within its scope of application.

Keywords: *International Sale of Goods, Lex Mercatoria, private international law, party autonomy.*

Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (también conocida como CISG por sus siglas en inglés, en adelante la “Convención”), es uno de los instrumentos fundamentales del comercio transfronterizo.

Aunque Costa Rica se hallaba cada vez más inmersa en la economía global, había mantenido una postura distante de ella hasta el año 2011, cuando se impulsó el proyecto de ley dirigido a su adopción.

Mediante la Ley N.º 9421 del 7 de febrero del 2017², se aprobó finalmente la adhesión de Costa Rica al tratado, sin declaraciones o reservas de ningún tipo.

El 26 de abril, el Poder Ejecutivo decretó³ la adhesión a la Convención e inició el trámite de depósito del instrumento ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, el cual ya ha quedado concluido.

En virtud de ello, Costa Rica se ha convertido en el Estado número ochenta y siete en convertirse en miembro del tratado. Sin perjuicio del valor jurídico que por lo pronto pueda reconocérseles, a nivel interno, a la ley y al decreto precitados, la Convención desplegará todos sus efectos el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha de depósito del instrumento (artículo 99.2.). Se cumplirá dicho plazo el 1 de agosto de 2018⁴.

Se avecinan, pues, cambios dramáticos para los contratos de compraventa internacional de mercaderías que involucren un establecimiento domiciliado en Costa Rica.

En el presente artículo se estudia la facultad de las partes contractuales para excluir la aplicación de la Convención de sus relaciones contractuales (acuerdos de *opting-out*); Asimismo, para

convenir en su aplicación, aunque no proceda según las reglas aplicativas del propio texto vienés (pactos de *opting-in*), y la forma como se ejercen dichas facultades.

A. El ámbito de aplicación de la Convención de Viena

Las personas comerciantes demandan certeza sobre los derechos y obligaciones que se derivan de sus contratos transnacionales: seguridad cuando los conciertan, cuando los ejecutan y les ponen fin. Es una meta difícil de alcanzar, en especial cuando un ordenamiento doméstico, ajeno y desconocido a una de las partes regula aspectos puntuales de la contratación. Resolver estos problemas es el propósito de la Convención.

El régimen de la Convención es moderno y uniforme. Fue redactado en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en seis lenguas oficiales.

En su elaboración, participaron representantes de seis decenas de países con variados niveles de desarrollo económico y sistemas jurídicos heterogéneos. Su resultado es una codificación con vocación universal: la Convención fija reglas comunes para todos los sistemas de derecho, adaptadas a la práctica del comercio internacional⁵.

La ratificación de diez Estados en 1988 la hizo entrar en vigor en el mundo. Hoy, ochenta y cinco países forman parte del tratado, a los que Costa Rica se está sumando.

1. *Ámbito material y geográfico*

La Convención solo rige aquellos contratos comprendidos dentro del ámbito geográfico y material que delinearán sus primeros artículos. El análisis puntual de dichos supuestos excede el propósito de este artículo.

No obstante, conviene siquiera someramente indicar que la Convención no aplica a todo contrato internacional, sino a aquellos de

compraventa internacional de mercaderías. Por compraventa deben entenderse también los contratos mixtos (como el *leasing* con opción de compra) y los contratos de suministro (artículo 3), ya sea de un solo tracto o de tracto sucesivo⁶. Sin embargo, no atañe a los contratos de permuta, ni tampoco a las compraventas domésticas, ni a los remates, la negociación de valores, la comercialización eléctrica y de servicios o las ventas a consumidores finales que, entre otros negocios jurídicos, escapan a su ámbito material.

Desde el punto de vista espacial, la Convención aplica en forma directa a aquellos negocios cuyas partes tengan sus respectivos establecimientos en Estados miembros del tratado (artículo 1.1.a⁷). En tales casos, la Convención pasa a ser parte integral del derecho doméstico. Su especialidad deroga las normas dispositivas e imperativas del derecho interno. Estamos, por tanto, ante el derecho material uniforme: la Convención brinda directamente la norma aplicable al caso, sin necesidad de acudir a las normas de derecho internacional privado⁸.

Pero la Convención también puede surtir efectos en un contrato “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante” (art. 1.1.b). Así, la Convención opera aun cuando no se verifique el supuesto del artículo 1.1.a (que pide que ambas partes tengan su establecimiento en un Estado contratante), cuando las normas de derecho internacional privado designen, como derecho aplicable al contrato, el de un Estado miembro de la Convención. La única excepción es cuando el establecimiento de una de las partes contractuales se localiza en un Estado que ha emitido una reserva de no quedar vinculado por el artículo 1.1.b⁹, facultad prevista en el numeral 95 de la misma Convención.

Es ampliamente aceptado que el texto vienés forma parte del derecho doméstico del Estado contratante. Como ejemplo de ello, puede citarse un conocido caso, en el que una empresa alemana y otra italiana entraron en conflicto cuando

Alemania no había adoptado aún la Convención. Las normas de conflicto remitían de manera general al derecho de Italia, estado parte de la Convención, motivo por el cual se determinó que la Convención era aplicable al contrato¹⁰.

Por ello, la Convención puede haber regido contratos celebrados por empresarios con establecimientos domiciliados en Costa Rica, aun antes de nuestra adhesión al tratado, en tanto las normas de conflicto del foro reenvían al derecho de un Estado miembro. Lo mismo sucede cuando las partes designan como *lex contractus* la de un Estado que es parte de la Convención. Al elegir un derecho doméstico de un Estado miembro, en ejercicio de la autonomía conflictual de la voluntad privada, hacen aplicable a su contrato la Convención de manera indirecta, pues esta forma parte de dicho ordenamiento jurídico¹¹.

Si, en cambio, las normas del derecho internacional privado reenvían al derecho de un Estado que no es parte, dicho negocio no podría en principio, por ese simple hecho, quedar sujeto a la Convención.

Por supuesto, el actual proceso de adhesión a la Convención, por parte de Costa Rica, plantea múltiples e interesantes interrogantes “que el presente estudio no intenta abordar” sobre la aplicación de la Convención como parte del derecho costarricense, dado que esta ha sido ya adoptada como ley de la República antes de formalizar el depósito del instrumento y de que se cumpliera el subsiguiente periodo de doce meses que el texto uniforme exige.

Importa acotar, en todo caso, que la internacionalidad del contrato no está dada por la nacionalidad de las partes, sino por la localización de los establecimientos más conectados al contrato de compraventa de mercaderías. La Convención no rige los contratos entre partes nacionales; tampoco aquellos contratos internacionales en los que las partes desconocen, por no constar así en las tratativas previas ni en el propio texto del acuerdo, que sus establecimientos se encuentran en Estados distintos.

Se entiende por establecimiento una instalación estable que, por lo general, será el establecimiento principal de la parte. Se ha discutido si una simple sucursal puede ser considerada un establecimiento para los efectos de la Convención; pero no existe al respecto un criterio unánime¹². En caso de que una parte disponga de varios establecimientos, se debe tomar en cuenta aquel que tenga una mayor conexión con el negocio jurídico en cuestión.

En suma, para apreciar si la Convención rige un contrato de compraventa internacional de mercaderías relacionado con una parte costarricense, deben tenerse muy presente el ámbito material (el objeto de la transacción), el geográfico (la ubicación de los establecimientos mercantiles más cercanos al negocio) y, en nuestro caso, también la temporalidad, pues la aplicación directa o indirecta del texto uniforme dependerá de que hayan concluido los trámites de adhesión de Costa Rica.

2. *La Convención como Lex Mercatoria*

El recurso a la Convención de Viena como *Lex Mercatoria* es una solución pretoriana que amplía los supuestos tradicionales de aplicación del texto vienés. Se sabe de tribunales arbitrales que se han valido de la Convención en casos que no ofrecían ninguna condición para ello. La Convención ha sido utilizada para resolver disputas de partes que no residían en Estados contratantes, sin normas de conflicto que reenviaran al derecho de un Estado contratante, y sin acuerdos de prórroga (opt-in). Han actuado así atribuyéndole a la Convención el carácter de nueva *Lex Mercatoria*¹³.

Como bien se sabe, la nueva *Lex Mercatoria* es un derecho uniforme y vivo. La sociedad internacional de comerciantes la produce y desarrolla merced al arbitraje internacional, sin conexión formal a sistemas jurídicos domésticos¹⁴. Se ha extendido la idea de que las prácticas y usos autónomos del comercio pueden constituir un verdadero derecho mercantil internacional.

Empero, sus detractores consideran que la *Lex Mercatoria* es poco más que un conjunto de principios mercantiles generales. Algunas de las críticas más fuertes giran en torno a la vaguedad de su formulación y a sus limitaciones, pues solo cubre fragmentos del derecho contractual: aspectos como la validez del contrato, la capacidad para contratar, siempre quedan sometidos a un derecho interno¹⁵.

Pero la proliferación de leyes modelo, las convenciones de derecho material uniforme, las recopilaciones de principios generales, usos y costumbres, y la jurisprudencia arbitral¹⁶ testimonian la vasta aplicación de la *Lex Mercatoria* en el comercio global. Los árbitros mercantiles internacionales la aplican a diario; sus laudos son, al mismo tiempo, fuente de ella. La Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y los paneles arbitrales son los principales inspiradores de *Lex Mercatoria*¹⁷. Intérpretes y creadores, los árbitros tejen la urdimbre de principios generales del derecho mercantil internacional.

Los reglamentos de arbitraje han favorecido esta tarea, al fijar reglas de procedimiento e indicaciones dirigidas a determinar el derecho aplicable. Tales regulaciones llaman, con frecuencia, a tener en cuenta los usos comerciales internacionales. Ténganse presentes, por ejemplo, los artículos 28.4 de la Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional y de nuestra propia Ley N.º 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional (“el tribunal *arbitral* [...] *tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”), el 21.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“*cualesquiera usos comerciales pertinentes*”), y el 22 de nuestra Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos (“*los usos y las costumbres aplicables al caso, aun sobre normas escritas, si fuere procedente*”).

Las normas y principios de la Convención asumen así el carácter de usos normativos. Pero también, en virtud del artículo 9.2 de la propia Convención¹⁸, la *Lex Mercatoria* aplica al contrato sin que las partes lo hayan acordado¹⁹.

Se produce entonces una situación curiosa: cuando el texto convencional rige el contrato (ya sea por vía directa o mediante normas de conflicto), la Convención manda a respetar la costumbre mercantil. Pero puede sobrevenir lo contrario: que en principio la Convención no gobierne el contrato (por no cumplirse las condiciones del artículo 1.1), pero que, de todas maneras, esta sea aplicada como un uso normativo; es decir, como fuente de derecho.

Los usos normativos son aplicables en forma objetiva, en razón de la máxima *iura novit curia*, no requieren ser demostrados²⁰. No obstante, es razonable pensar que la Convención tendrá el carácter de costumbre mercantil, solo en tanto quien la invoque pruebe que se trata de un uso internacionalmente conocido y regularmente observado por empresas que se dedican al mismo tráfico mercantil. Podría ser aplicada, entonces, solo si la otra parte debía haber tenido conocimiento de ella²¹.

Una objeción común en los países en vías de desarrollo es, precisamente, la aplicación de usos normativos surgidos en otras latitudes, los cuales no son necesariamente conocidos ni observados a nivel mundial. La posibilidad de que la Convención resulte de esta manera aplicable a un contrato internacional de compraventa de mercaderías está así sometida a una variada gama de situaciones y matices.

B. Los acuerdos de exclusión de la Convención de Viena (“opting out”)

Las diferencias entre el texto uniforme y los ordenamientos nacionales pueden ser considerables. En efecto, las incompatibilidades entre la Convención y el derecho costarricense no son pocas. Entre las principales, se destaca en el texto uniforme la exigencia de *razonabilidad* de los plazos para cumplir las obligaciones, a diferencia de los términos establecidos en nuestro Código de Comercio para la entrega de las mercaderías (24 horas en el artículo 465) y para denunciar la

no conformidad de los bienes (cinco días, según el numeral 450). Difieren también lo dispuesto sobre el lugar de pago del precio (art. 419 del Código de Comercio versus el 57.1 de la Convención) y el momento del pago (418 del Código de Comercio frente al 58 de la Convención que regula la puesta a disposición de las mercaderías.

Otras novedades de interés son la reglamentación del plazo suplementario para cumplimiento (artículos 47.1, 49.b, 63.1 y 64.2 de la Convención), pauta ausente de nuestra codificación mercantil, y la validez de la compraventa de precio abierto (artículo 55 de la Convención) que contraviene la exigencia del acuerdo en cosa y precio como requisito indispensable de validez en la formación del contrato de compraventa.

Aunado a lo dicho, la Convención contiene reglas precisas sobre la esencialidad del incumplimiento (artículo 52), sobre los efectos de la estipulación para que el contrato solo se pueda modificar o extinguir por escrito (29.2), sobre el incumplimiento previsible (71) y sobre el deber de mitigar daños (77), desconocidas en nuestra codificación mercantil.

Por cierto las cláusulas que excluyen la aplicación de la Convención de Viena no son infrecuentes en los contratos internacionales. Los motivos por los que dos empresarios pueden optar por tal exclusión son múltiples: la preferencia por un derecho interno específico, estrategia comercial de la parte más fuerte, o simplemente porque desean autorreglamentar directamente los términos y condiciones de su relación contractual

El artículo 6 del texto uniforme dispone que “*Las 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*”.

La exclusión de la Convención se conoce como *opt out*. Este sistema es el inverso al establecido en la Ley Uniforme de Ventas Internacionales de La Haya (“LUVI”) de 1964, antecedente normativo

directo de la Convención de Viena. La LUVI requería de un acuerdo expreso de las partes para que la Convención aplicara a la relación contractual (*opt in*), lo que contribuyó en gran parte a su poca aceptación en la comunidad internacional.

La facultad de prescindir de la Convención se justifica en el equilibrio que caracteriza a las relaciones mercantiles internacionales (la Convención no regula las ventas a personas consumidoras), y muestra la indudable intención de sus redactores de permitir a las partes regular y satisfacer sus necesidades particulares.

La Convención tiene carácter supletorio, en el sentido de que puede ser derogada por las partes del contrato en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada²². Esto puede suceder de muchas formas: por un acuerdo expreso o tácito, de manera total o parcial.

Las partes de un contrato excluyen la Convención en forma expresa al declarar, mediante una cláusula contractual, su deseo de que esta no aplique a su negocio jurídico. No es necesario (aunque sí muy recomendable) que, al realizar dicha exclusión, designen la ley base del contrato.

Para cierto sector de la doctrina, otra forma de exclusión expresa se produce cuando se insertan condiciones generales de contratación incompatibles con la Convención²³. En esto no hay unanimidad doctrinal. Todo depende de la naturaleza jurídica que les reconozcan a las condiciones generales de contratación. Si se les considera como una fuente objetiva de derecho (concepción normativa), su inclusión en el contrato puede ser vista como una exclusión expresa de la Convención. La solución es distinta si se le estima como un simple fruto de la autonomía de la voluntad (concepción contractual)²⁴, porque en tal caso se tratará de una exclusión tácita en cuanto haya incompatibilidades con el texto uniforme.

Con algunas cuantas excepciones, la jurisprudencia suele reconocer, sin mayores

problemas, las exclusiones tácitas de la Convención²⁵. Esta queda totalmente excluida, de manera implícita, cuando las partes eligen el derecho doméstico de un Estado no contratante (un pacto *de lege utenda*, ejerciendo la autonomía *conflictual* de la voluntad)²⁶.

Para ello no basta incorporar por referencia algunas normas de un derecho interno, ni efectuar un reenvío genérico a una ley formal de un ordenamiento doméstico (recepción negocial), porque en tales supuestos, se ejerce la autonomía material y no conflictual, de la voluntad. En todo caso, para que haya exclusión tácita de la Convención, esta debe ser real y consciente: real, por cuanto debe deducirse con seguridad del contrato; no puede ser hipotética ni una simple suposición del operador jurídico. Y debe ser consciente en el sentido de que las partes deben saber que la Convención les resulta aplicable, porque no se puede excluir lo que se desconoce²⁷.

Pero la exclusión también puede ser total o parcial. Las exclusiones parciales se conocen como "*dépeçage*". Acontecen cuando se insertan cláusulas que riñen con el texto vienés, en el ejercicio de la autonomía *material* de la voluntad²⁸. Un *dépeçage* ocurre también cuando se incorporan por referencia cláusulas, usos recopilados o cualquier otra reglamentación que contradiga la Convención. Los usos y prácticas entre las partes derogan la Convención en forma tácita y parcial cuando son incompatibles con esta (artículo 9).

Pero si bien la Convención de Viena tiene carácter dispositivo, no todas sus normas ostentan esa naturaleza. En primer lugar, del propio artículo 6 salta a la vista el carácter imperativo del artículo 12. Se trata, en efecto, de la única regla de aplicación necesaria según la propia Convención²⁹.

Si el artículo 11 de la Convención incorpora el principio de libertad de forma contractual, los numerales 12 y 96 permiten a los Estados contratantes hacer una reserva para exigir la forma escrita, ya que ninguna de las partes

podrá “establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

La doctrina también se ha cuestionado, si se le debe reconocer carácter inderogable a otros preceptos más allá del artículo 12.

El 4 remite al derecho interno aplicable para resolver las cuestiones de validez y de propiedad (no tocadas en el texto convencional), lo que parece necesario.

El artículo 7 introduce los principios interpretativos de la Convención; para ciertos autores, como Bonell³⁰, se trata de una disposición imperativa, aunque su interpretación no ha sido unánime en doctrina³¹.

El artículo 28 limita los alcances del pacto de cumplimiento específico: un tribunal cuyo derecho propio no dispone el remedio de cumplimiento específico de la obligación (como sucede en el *Common Law*) no está constreñido a ordenar el cumplimiento específico, aunque así las partes lo hayan pactad³². Las demás disposiciones de la Convención no ofrecen polémica en cuanto a su carácter dispositivo, pues, como se ha dicho, la compraventa internacional de mercaderías conlleva situaciones de mayor o menor contrapeso contractual.

La exclusión de la Convención puede tener lugar en cualquier momento, ya sea durante las tratativas previas, al concluir el contrato o en cualquier momento posterior. El efecto de la exclusión será, naturalmente, la aplicación del derecho interno que designen las normas de conflicto del foro³³.

C. Acuerdos de prórroga (*opting in*)

Se ha explicado cómo la Convención solo regula a aquellos contratos que caen dentro de su esfera aplicativa en razón del espacio o de la materia. Empero, su carácter internacional, su adaptabilidad a todo sistema jurídico, el contar con versiones oficiales en seis idiomas,

además de su relativa modernidad y su técnica jurídica depurada (a pesar del uso excesivo de los negativos a la manera anglosajona) son ventajas indudables que podrían inclinar a dos partes contractuales a prorrogar la aplicación de la Convención a su contrato, aunque este, en principio, no se encuentre regido por ella.

Piénsese, por ejemplo, en una negociación en la que ambas partes contractuales provengan de sistemas jurídicos (e incluso sociales y económicos) muy distintos entre sí, y cada una desconoce hasta los principios y preceptos más básicos del ordenamiento de la otra. Aunque ninguna de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante, la normativa vienesa les ofrece un régimen equilibrado para sus transacciones. Su elevado nivel técnico, su carácter uniforme, la doctrina y la copiosa jurisprudencia que la informan podrían brindarles una mayor seguridad jurídica en su negocio.

En primer lugar, las partes de ese contrato pueden designar como derecho aplicable a su contrato el de un Estado que es miembro de la Convención (*pacto de lege utenda*). Al establecer su *lex contractus*, actúan en el ejercicio de la autonomía conflictual de la voluntad privada. La doctrina considera que este pacto es válido.

Por lo demás, la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la elección pura y simple del ordenamiento jurídico de un Estado contratante conduce a la aplicación de la Convención. No obstante, si negocian en condiciones equivalentes de fortaleza, las dos partes de nuestro ejemplo podrían tener problemas para alcanzar un acuerdo al respecto (lo que sucede en la práctica).

Entonces los contratantes podrían convenir simplemente que la Convención aplique a su negocio jurídico, sin designar un derecho interno. La forma más sencilla sería insertando una cláusula del tipo “*este contrato se regirá por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*”.

Sin embargo, los acuerdos de prórroga de la Convención requieren de una precisión técnica adecuada para que surtan tal efecto. Lo primero que debemos preguntarnos es si estamos ante una manifestación de la autonomía material o conflictual de la voluntad. Es decir, si al designar a la Convención como ley aplicable, las partes la están utilizando para regular sus derechos y obligaciones (autonomía material), o si pueden adoptarla como una verdadera ley base para su contrato (autonomía conflictual).

En ocasiones, el carácter internacional de una transacción dificulta distinguir entre ambos tipos de autonomía³⁴; pero la distinción no carece de importancia: las manifestaciones de la autonomía *material* de la voluntad no derogan las normas imperativas del derecho interno³⁵.

Recuérdese que la autonomía de la voluntad es el principio general de Derecho Internacional Privado que faculta a las partes para elegir la ley y los términos aplicables a su relación³⁶. Cuando estas autorreglamentan, de manera directa, sus derechos y obligaciones, se habla de autonomía material de la voluntad. En cambio, cuando eligen la ley aplicable a su contrato, ejercen la autonomía conflictual (internacional privatística) de la voluntad.

Para responder a esa interrogante, debe señalarse que el texto uniforme no es exhaustivo. Adolece de vacíos, particularmente en cuanto a las obligaciones en general (como la prescripción) y a la validez misma del contrato, además de todo lo relacionado con la propiedad de las mercaderías.

El artículo 7 de la Convención provee los parámetros para interpretarla y colmar sus lagunas. El 7.1 manda a tomar en cuenta su carácter internacional, la necesidad de uniformidad y la observancia de la buena fe. Dada su neutralidad, la Convención no está conectada a una tradición jurídica concreta. Por ello, se suele enfatizar en la necesidad de interpretar la Convención de manera autónoma, para no obtener resultados interpretativos divergentes en cada Estado

contratante³⁷, en consonancia con su calidad de Derecho material uniforme³⁸.

El numeral 7.2 contempla que las lagunas de la Convención han de llenarse, en primer término, a lo interno del propio texto, lo que puede alcanzarse por vía analógica o por la aplicación de sus principios generales.

Pero la Convención, como se ha indicado, no abarca todos los problemas que pueden suscitarse con motivo de una compraventa internacional de mercaderías. Al final, todo aquello que no pueda resolverse a través del artículo 7 debe dirimirse de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Es decir, por el derecho nacional designado por las normas de conflicto del foro³⁹.

La Convención no actúa, pues, como un conjunto autónomo de normas. No puede ser utilizada como una *lex contractus*. Aunque la definan como ley aplicable al contrato, sus reglas no derogan los preceptos imperativos de la ley base. El acuerdo de partes o, en su defecto, las normas de derecho internacional privado determinan cuál es la verdadera ley nacional aplicable al contrato, y esa será la que integre los vacíos y las lagunas de la Convención. El acuerdo de prórroga de la Convención tiene lugar, entonces, en ejercicio de la autonomía material (y no conflictual) de la voluntad.

En otras palabras, cuando la Convención es aplicable a un contrato por un pacto de esta índole, el texto uniforme no deroga las normas imperativas del derecho doméstico aplicable, a diferencia de lo que sucede cuando la Convención aplica al contrato en virtud de sus párrafos 1.1.a o 1.1.b.

De hecho, debe acudir al derecho doméstico incluso para valorar la potestad de las partes para llevar a cabo un acuerdo *opt in*. Las partes del contrato pueden convenir en la aplicación de la Convención de Viena solo si la ley doméstica, señalada por la norma de conflicto del foro, admite la autonomía de la voluntad privada⁴⁰.

A pesar de ello, es bien conocido que los paneles arbitrales internacionales no suelen atarse demasiado, en sus laudos, a la ley de algún Estado en particular⁴¹.

Importa referir también que algún fallo nacional, apartándose de la tendencia mayoritaria, ha favorecido la elegibilidad de la Convención como *lex contractus*⁴². En general, se aprecia una marcada tendencia a reconocer ampliamente la aplicación de la Convención cuando las propias partes contractuales prorrogan su ámbito de aplicación.

Conclusiones

Por tanto, se deduce que la persona redactora nacional de un contrato de compraventa internacional de mercaderías debe guardar, hoy más que nunca, ciertos cuidados fundamentales. Debe prestar gran atención al campo de aplicación (geográfico, material, temporal) de la Convención, en relación con el lugar del establecimiento de cada parte, cuya identificación en el propio contrato resulta especialmente conveniente. Debe estudiar, desde el principio, las declaraciones y reservas que podría haber formulado el Estado de la contraparte contractual.

Naturalmente, es recomendable acordar el derecho doméstico que llenará las lagunas y limitaciones de la Convención (validez, propiedad, prescripción...) mediante un pacto de *lege utenda*.

En caso de que se acuerde la exclusión de la Convención, lo mejor es formularla de manera expresa, con la precaución de no elegir simplemente el derecho doméstico de un Estado miembro. Deben llenarse los vacíos que las exclusiones parciales pueden dejar.

Las partes pueden modificar ciertas disposiciones de la Convención y, en particular, lo referente a los plazos para el cumplimiento de las obligaciones. Y al optar por hacer aplicable la Convención, lo que puede resultar útil, en ciertos casos, podría no convenir la incorporación total del texto uniforme, pues algunas disposiciones podrían resultar incompatibles con la voluntad de las partes. En todo caso, deberán tomar en consideración las limitaciones del derecho imperativo en el ejercicio de la autonomía material de la voluntad.

Por su parte, el tribunal (sea judicial o arbitral) deberá procurar que el análisis de estas cuestiones tome en cuenta la naturaleza de la Convención como derecho material uniforme, sin subestimar la vasta doctrina y la jurisprudencia que informa y acompaña la aplicación de este texto con vocación universal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

1. AUDIT, Bernard. (1990). *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., p. 224.
2. Audit, Bernard. (1990). *Présentation de la Convention. /En/ Guestin, Jacques. La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*. Paris: LGDJ, p. 169.
3. Bianca, C. M., y Bonell, M.J. *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, Giuffrè, 1987, p. 886.
4. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis. Artículo 1. (1998). /En/ Díez Picazo, Luis. *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1ª ed., p. 51.
5. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; Fernández De La Gándara, Luis. (1997). *Contratos internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 1923.
6. Castellanos Ruiz, Esperanza. (1998). *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Granada: Comares, p. 182.
7. Draetta, Ugo; Lake, Ralph. (1996). *Contrats internationaux: Pathologie et remèdes*. Paris: FEC.
8. Garro, Alejandro Miguel; y Zuppi, Alberto Luis. (1990). *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 60.
9. Gourion, Pierre-Alain; Peyrard, Georges. (1994). *Droit du commerce international*. Paris: LGDJ, p. 201.
10. JACQUET, Jean-Michel; Delebecque Philippe. (1997). *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 412 p.
11. Kozolchyk, Boris; Torrealba, Octavio. (1997). *Curso de derecho mercantil*. 2ª ed. San José: Juritexto, p. 455.
12. Rodríguez De Quiñones Y De Torres. (1999). *Fuentes del derecho mercantil, /En/ Jiménez Sánchez, Guillermo J. (coord.). Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 5 ed., rev., p. 572.
13. Perales Viscasillas, Ma. del Pilar. (1996). *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercadería*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 791.
14. Sánchez Calero, Fernando. (1999). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: Mc Graw Hill, 22 ed. Tomo II, p. 567.
15. Witz, Claude. (1995). *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*. Paris: LGDJ, p. 175.

Textos digitales

1. "Del Duca, Louis F.; Del Duca, Patrick. Selected topics under the Convention on International Sale of Goods. [en línea], 11 de junio de 2004. Disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>> [Consultado el 21 de julio de 2016]".
2. "Pace Law School Institute of International Commercial Law, Table of Contracting States. [en línea], 8 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>> [Consultado el 21 de julio de 2016]".
3. Perales Viscasillas, María del Pilar. Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos

de compraventa mercantil internacional. [en línea] Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>> [Consultado el 21 de julio de 2016]”.

Revistas

1. Pérez Vargas, Victor. “La Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Necesidad de su ratificación en Costa Rica”. *Revista Judicial*, 2014, n.º 111.
2. Conrado Ramírez, Luis. “La compraventa internacional y los principios de UNIDROIT.” *Revista Judicial*, 2009, n.º 93.
3. Pérez Vargas, Víctor. “Derecho Empresarial Transnacional (Lex Mercatoria)”. *Revista Judicial*, 2014, n.º 112.

Jurisprudencia

1. 17 HKO 3726/89, July 3, 1989 (Germany, Landgericht Munchen I).
2. 2205 D, Dec. 17, 1996 (France, Cour de Cassation).
3. 5713/1989, 1989 (ICC).
4. 7660/JK, Aug. 23, 1994 (ICC).
5. Calzaturificio Claudia s.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd, 1998 WL 164824 (S.D.N.Y.).
6. Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int’l, Ltd., 956 F. Supp. 1131 (S.D.N.Y 1997).
7. Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Ste Fujitsu Mikroelektronik GmbH, Jan. 4, 1995 (France, Cour de Cassation).
8. Tribunal Cantonal de Valais, sentencia del 29 de junio de 1994.

Notas al pie

- 1 Doctor en Derecho Mercantil. Correo electrónico: abettoni@asejur.com Tel. 2280-0303.
- 2 Publicada en *El Alcance* n.º 49, *La Gaceta* n.º 45 del 3 de marzo de 2017.
- 3 Decreto Ejecutivo n.º 40290-RREE.
- 4 <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2017/unisl249.html>
- 5 PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil Internacional*. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>
- 6 Por lo general, la Convención no suele aplicar a contratos marco de ventas futuras que no especifican cantidad y precio; pero en todo caso las ventas subsiguientes, producto del contrato marco, sí pueden estar gobernadas por la Convención <http://www.unilex.info/case.cfm?id=64>
- 7 Artículo 1 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:
 - a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
 - b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.
 - 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
 - 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.
- 8 CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. (1998). *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Granada: Comares, AUDIT, Bernard, p. 2. *Présentation de la Convention*. /En/ Gustin, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*. Paris: LGDJ, 1990, p. 18. Asimismo, véase *Calzaturificio Claudia s.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd*, 1998 WL 164824 (S.D.N.Y.). Un resumen de este y otros casos similares puede encontrarse en DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick. *Selected topics under the Convention on International Sale of Goods*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>.
- 9 No debe olvidarse que algunos Estados (Estados Unidos de América, China, Singapur y San Vicente y las Granadinas) declararon, al amparo del artículo 95 de la Convención, que no estarían vinculados por el artículo 1.1.b., restringiendo así el rol del derecho internacional privado en la aplicación de la Convención. En lo que parece una interpretación no autorizada de la Convención, Alemania y Armenia expresaron también que no aplicarían el artículo 1.1.b con respecto a cualquier Estado que haya declarado también la no aplicación de dicho numeral. Véase el análisis del Pace Law School Institute of International Commercial Law, *Table of Contracting States*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>
- 10 17 HKO 3726/89, July 3, 1989 (Germany, Landgericht Munchen I), UNILEX 1994, CLOUT abstract no. 3. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>.
- 11 Por ejemplo, un contrato suscrito entre una parte austríaca y otra checa determinaba como ley contractual el derecho de Austria; siendo Austria un Estado contratante, el laudo arbitral determinó que la Convención de Viena le era aplicable (7660/JK, Aug. 23, 1994 (International Chamber of Commerce Court of Arbitration,

- Paris, UNILEX 1994). Sin embargo, el criterio no es unánime: 2205 D, Dec. 17, 1996 (France, Cour de Cassation), UNILEX 1997, CLOUT abstract n.º 206. Citado por DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*
- 12 A favor: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Artículo 1. /En/ Díez Picazo, Luis. *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 51. Sin embargo, la Corte de Casación francesa consideró alguna vez que cierta sucursal (“bureau de liaison”) no podía ser vista como un establecimiento. Véase: Fauba France case. Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Ste Fujitsu Mikroelektronik GmbH, Jan. 4, 1995 (France, Cour de Cassation), UNILEX, CLOUT abstract n.º 155.
 - 13 DEL DUCA, Louis F; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*, citan, entre otros, el siguiente caso: 5713/1989, 1989 (ICC, Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce), UNILEX 1994; CLOUT abstract n.º 45. Está disponible en el sitio Web de Uncitral (www.uncitral.org). Otros ejemplos en CONRADO RAMÍREZ, Luis. (2009). La compra-venta internacional y los principios de UNIDROIT. /En/ *Revista Judicial*, n.º 93, septiembre, p. 115.
 - 14 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (1997). *Contratos internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 49.
 - 15 Sobre esta polémica doctrinal, véase DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. (1996). *Contrats internationaux: Pathologie et remèdes*. Paris: FEC, p. 19. Traducción del inglés al francés de Laure Tournefier y Victoria Vohman, *Breach and adaptation of international contracts*.
 - 16 Sobre la relevancia de la *Lex Mercatoria* en nuestro medio, véase PÉREZ VARGAS, Víctor. (2014). La Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Necesidad de su ratificación en Costa Rica. /En/ *Revista Judicial* n.º 111, Marzo, p. 272. En el mismo sentido y del mismo autor, (2014). Derecho empresarial transnacional (*Lex Mercatoria*). /En/ *Revista Judicial*, n.º 112, junio, p. 268.
 - 17 GOURION, Pierre-Alain; PEYRARD, Georges. (1994). *Droit du commerce international*. Paris: LGDJ, p. 56.
 - 18 “Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.
 - 19 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *op. cit.*, p. 593.
 - 20 RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. Fuentes del derecho mercantil, /En/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, (1999). Guillermo J. (coord.). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 5ed. rev, p. 60.
 - 21 GARRO, Alejandro Miguel; y ZUPPI, Alberto Luis. (1990). *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 63.
 - 22 Sin embargo, la doctrina no se termina de poner de acuerdo con respecto al carácter del artículo 6 de la Convención de Viena. Mientras que, para algunos autores, como Honnold y Conetti, la norma permite al comprador y al vendedor determinar el contenido de sus derechos y obligaciones contractuales (autonomía material de la voluntad), para otros, como Audit, Calvo Caravaca, Carbone, De Donatis, y Schlechtriem, la norma faculta a las partes a ejercer la autonomía conflictual. Asumiendo una posición ecléctica, Bonell y Capuccio consideran que el artículo 6 presenta una doble naturaleza, material y conflictual a la vez, lo que ha sido criticado por su dudosa tecnicidad jurídica. Parece en todo caso que el artículo 6 formaliza el

principio de la autonomía conflictual de la voluntad; pero enunciado de manera negativa, pues así se deduce de los trabajos preparatorios de las convenciones de derecho material uniforme. Se hace evidente, una vez más, que en esta materia la diferencia entre autonomía material y autonomía conflictual de la voluntad se manifiesta de forma nebulosa. Al respecto, puede consultarse a CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op. cit.*

- 23 CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *ibidem*.
- 24 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. (1999). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: Mc Graw Hill, 22 ed. Tomo II, p. 138.
- 25 Véase el análisis de CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 60.
- 26 BIANCA, C.M., y BONELL, M.J., *op. cit.*, p. 56; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *op. cit.*, p. 192.
- 27 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *op. cit.*, p. 192.
- 28 AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises*, *op. cit.*, p. 39.
- 29 AUDIT, Bernard. *ibidem*, p. 73.
- 30 BIANCA, C.M.; BONELL, M.J. *op. cit.*, p. 94.
- 31 WITZ, Claude. *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, *op. cit.*, p. 45.
- 32 CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Artículo 28. /En/ *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, *op. cit.*, p. 234.
- 33 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Artículo 1. /En/ Diez Picazo, Luis; *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, *op. cit.*, p. 99.
- 34 BIANCA, C. M.; BONELL, M.J., *op. cit.*, p. 54.
- 35 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *op. cit.*, p. 101.
- 36 BIANCA, C.M., y BONELL, M.J. (1987). *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, Giuffrè, p. 54. AUDIT, Bernard. (1990). *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., p. 38.
- 37 BIANCA, C.M.; BONELL, M. J. *op. cit.*, p. 94.
- 38 Esa posición no es unánime en la doctrina. Véase WITZ, Claude. (1995). *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*. Paris: LGDJ, p. 45.
- 39 PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Una aproximación...*, *op. cit.*
- 40 DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*
- 41 BIANCA, C. M.; BONELL, M. J., *op. cit.*, p. 63.
- 42 Tribunal Cantonal de Valais, sentencia del 29 de junio de 1994.