



Exclusión implícita de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

Alberto L. Zuppi

SUMARIO: I. Introducción. — II. La exclusión por imperio del art. 6º de la CISG. — III. Conclusiones.

Por su redacción, la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG) es aplicable a menos que se la excluya, pasando a ser la falta de exclusión por las partes un requisito de aplicabilidad de la CISG. La exclusión, para que produzca efectos, debe ser clara y determinante, y si se la descartó implícitamente es necesario que no quede lugar a dudas, de manera que la CISG no llegue a regular el contrato por *default*.

I. Introducción

Un fallo de la Cámara de Apelaciones de Nueva York (NY) volvió a poner sobre el tapete al tema de la exclusión implícita de la aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG: *Convention on the International Sale of Goods*), de la que nuestro país es miembro.

Como se sabe, la CISG es quizás una de las más exitosas convenciones internacionales, habiendo sido capaz desde su puesta en vigencia en 1988 de crecer sostenidamente en el número de Estados parte, de mantener lo mejor de sus características a lo largo de décadas, y de gozar de una envidiable ductilidad aplicándose en países de ordenamientos jurídicos tan variados como los del *common law*, los de derecho continental, los sistemas mixtos y hasta en países donde se aplica el derecho islámico. Adicionalmente, la CISG cuenta en la ac-

tualidad con 85 países parte que representan más del 90% del comercio internacional, y a los que se ha sumado Brasil a partir del 1 de abril de 2014, un gran ausente para la CISG, y recientemente Vietnam, en donde entró en vigencia el 1 de enero de 2017.

El éxito de la CISG obedece a dos razones principales: a) La primera es que la CISG ofrece un sistema justo, equilibrado, donde no hay ventajas para una de las partes en perjuicio de la otra, y ese sistema es profundamente internacional y con espíritu unificador; b) la segunda razón es el lenguaje en el que está escrita la CISG, sin considerar el idioma oficial de las Naciones Unidas que se use, que tiene las características de una verdadera *lingua franca* o quizás esperanto jurídico que necesariamente obliga al intérprete —sea juez o árbitro— a buscar las fuentes, advertir necesariamente la internacionalidad del problema y, en consecuencia, unificar la interpretación con la de otros árbitros o jueces ante la misma situación. De tal manera, con el paso de los casi 30 años de aplicación continua, se ha logrado una jurisprudencia mayoritariamente uniforme y regular que permite resolver eficazmente los problemas que surgen de los contratos internacionales (2). He mencionado dos razones principales, pero podría agregar lo bien que la CISG se adaptó a la evolución técnica y sobre todo a la comunicación digital del comercio internacional, y al uso extendido de bases de datos tanto internacionales como locales que permiten a cualquiera de las partes saber con relativa precisión cómo se resuelve un problema.

Una de las cuestiones que también ha colaborado para su aplicación habitual ha sido el llamado carácter de tratado *self executing* o autoejecutable de la CISG, que no precisa de adaptaciones locales para ponerse en

vigor en el país que la ratificara, siendo exigible y aplicable desde ese momento para regular las compraventas internacionales de mercaderías. En los EE.UU., el mensaje de ratificación de la CISG, hecho en su momento por el presidente Reagan, no deja lugar a malentendidos al presumir que la CISG sería autoejecutable tras el consentimiento del Senado y la posterior ratificación del Gobierno (3).

Por su redacción, la CISG es aplicable a menos que se la excluya, pasando a ser la falta de exclusión por las partes un requisito de aplicabilidad de la CISG (4). La exclusión, para que produzca efectos, debe ser clara y determinante, y si se la descartó implícitamente es necesario que no quede lugar a dudas, de manera que la CISG no llegue a regular al contrato *por default*.

De acuerdo con la opinión vastamente mayoritaria, la simple referencia a la aplicación de un derecho local no basta para excluirla. De tal manera, si un contrato de compraventa internacional de mercaderías establece al derecho argentino como ley que lo regula, y siendo la CISG parte del derecho argentino, excluye por especialidad y por ser un tratado autoejecutable a las disposiciones específicas del Código Civil y Comercial. Esta circunstancia ha sido sorpresa para muchos letrados en los primeros años de vigencia de la CISG, cuando creyeron haber conseguido un punto a su favor al designar en un contrato internacional a su propio derecho, conocido y estudiado, y luego descubrieron que al contrato se le aplicaba la CISG de la que nada o poco sabían. Estas “sorpresas”, en general, no tuvieron un final no deseado, ya que la CISG recoge y salvaguarda lo más representativo de los derechos de las partes, por lo que, a menos que una de las partes hubiera querido aprovecharse de la otra con una artimaña local, se habrá encontrado con que el derecho

de las partes estaba regulado y establecido por un tratado justo.

II. La exclusión por imperio del art. 6º de la CISG

El art. 6º de la CISG establece que las partes podrán excluir “la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”. La referencia al art. 12 es a la prohibición de que las partes puedan hacer excepciones cuando el Estado correspondiente haya hecho la reserva prevista en el art. 96 de la CISG que excluye que los contratos no puedan hacerse, modificarse o extinguirse por un método diferente al escrito y no se vincula con el tema bajo estudio, por lo que el texto simplificado se leería: las partes podrán excluir “la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”. A pesar de lo generosa de esta posibilidad que parece permitir a las partes establecer excepciones a cualquiera de las disposiciones de la CISG o modificar sus efectos, hay partes de la Convención que las partes no podrán tocar y que pertenecen a su núcleo irreductible. Así, si la CISG se aplicara, aunque sea parcialmente, siempre lo que quede vigente se interpretará de acuerdo al art. 7º de la CISG (5). Tampoco podrían modificarse las cláusulas diplomáticas de su parte final, que empiezan en el art. 89 y continúan hasta el art. 101, así como el mencionado art. 12 que hace remisión a una reserva estatal. Pero más allá de esta precisión necesaria, las partes pueden excluir parcial o totalmente al resto de las demás disposiciones.

También la redacción del texto del art. 6º de la CISG al establecer que las partes podrán excluir la CISG —entendiendo a la exclu-

DOCTRINA

Exclusión implícita de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

Alberto L. Zuppi 1

NOTA A FALLO

La ley del “dos por uno” y el principio de razonabilidad de las leyes

Emilio A. Ibarlucía 4

JURISPRUDENCIA

DELITOS DE LESA HUMANIDAD. Ley penal más benigna. Cómputo según la ley 24.390 “2x1”. Aplicación sin distinción del delito. Disidencia. Delitos permanentes. Valoración

social de los delitos cometidos. Aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible (CS) 3

DAÑO PUNITIVO. Vuelco de un micro en una ruta. Acción intentada por un pasajero. Responsabilidad de la empresa de transporte. Citada en garantía condenada por el total de los valores indemnizatorios. Cobertura del descubierto en otro proceso por el mismo acontecimiento. Elevación del monto otorgado por daño punitivo. Actitud dilatoria y especulativa. Trato indigno. Artículo 10 del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com., Mar del Plata) 7

ADUANA. Declaración jurada inexacta por diferencia de ingreso de divisas. Incompetencia de la Aduana. Aplicación y fiscalización del régimen cambiario a cargo del BCRA (CNFed. Contenciosoadministrativo) 11



sión como acto volitivo positivo de hacer—, ha llevado a algunas decisiones jurisprudenciales —ciertamente minoritarias— a concluir que la Convención no admite su exclusión implícita(6). Pero esta posición es equivocada.

Debe recordarse que el antecedente del art. 6º de la CISG, fue el art. 3º de la LUVI(7) y que los intentos de los delegados del Reino Unido y Canadá de introducir en la CISG una cláusula semejante a la existente en la LUVI y que permitiera que la exclusión pudiera ser expresa o tácita tal como rezaba el texto de la LUVI fue rechazada en la Conferencia(8).

En el fallo con el que se abre este comentario, la Corte de Apelaciones del 2º Circuito ratificó una decisión inferior que dispuso que en un contrato donde se había pactado la ley de Nueva York esa mención no importaba afirmar que la CISG estuviera incorporada o formara parte de la ley de Nueva York, y habiendo las partes implícitamente excluido la CISG de acuerdo con la historia del litigio, la ley de Nueva York regularía el caso.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) "Rienzi & Sons, Inc. v. Puglisi", US Court of Appeals 2nd Cir., N.º 15-791-cv (2nd. Cir. 10/2/2016).

(2) Al respecto véase ZUPPI, Alberto L., "La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG). Compraventa internacional de mercadería", LA LEY, 1997-F, 1290-1301.

(3) Véase "Message from the President of the United States to the Senate Transmitting the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 21/9/1983, S. Treaty Doc. No. 98-9 (1983), 22 International Legal Materials 6 (Noviembre 1983), págs. 1368 a 2380. El texto traducido dice: "La Convención está sujeta a la ratificación de los Estados signatarios (art. 91-2), pero es autoejecutable y no requiere legislación federal implementándola para entrar el vigor en los Estados Unidos".

(4) Véase UNICITRAL "Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 2016" (citado en adelante como "Digest"), p. 33, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf.

(5) En contra, en cambio, FERRARI, Franco, "Exclusión e inclusión de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980", 32 Revue générale de droit 2, (2002) 335, aquí p. 340, que estima que el art. 7º CISG también puede ser derogado.

(6) Véase "Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.", resuelto por la US District Court for the Eastern District of Michigan, el 28 de septiembre de 2007 (disponible en CLOUT n. 845), requiere que la exclusión de la CISG sea expresa. En "The Travelers Property Casualty Co. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd." (CLOUT n. 847, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/810/25/PDF/V0981025.pdf?OpenElement>) fallado el 31/1/2007 por la US Federal District Court of Minnesota, en un caso entre EEUU y Canadá y donde se había elegido la ley de Minnesota, la Corte dijo que "no existiendo una afirmación expresa que la CISG no se aplica, la mera referencia a la ley de un Estado en particular no significa excluir (opting-out) la CISG". En "TeeVee Toons, Inc. (d/b/a TVT Records) & Steve Gottlieb, Inc. (d/b/a Biobox) v. Gerhard Schubert GmbH", la US District Court, Southern District of New York el 12/8/2006 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>) estableció que ninguna de las partes "expresamente" había excluido la CISG. El Tribunal Cantonal de Zug, Suiza, el 11/12/2003 (disponible en <http://internationaleshandelsrecht2005.119.y> y <http://www.globalesaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/958.pdf>) resolvió un caso entre una parte alemana y otra suiza, donde ninguna había elegido un derecho, y donde la parte alemana quiso usar al derecho interno alemán, señalando que la CISG se aplicaba a menos que fuera "expresamente excluida" lo que en el caso no había sucedido. En "American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, a/k/a Dubois Motor Sports", el tribunal US District Court, Rhode Island District el 30/1/2006 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>) estableció que una cláusula contractual que específicamente decía "este contrato será interpretado y ejecutado de conformidad con las leyes del Estado de Rhode Island" desplazaba a la CISG, aunque este caso es minoritario.

Esa decisión produjo un pequeño movimiento que alarmó a varios estudiosos de la CISG ya que esa interpretación parecería sumar a los tribunales de Nueva York a la actitud de algunos tribunales que han sido reacios a disponer la aplicación de la CISG cuando se hubiera pactado en el contrato la aplicación del derecho local. Pero el caso tiene en su transcurso algunas características propias que permiten suponer que se trata de una excepción a la regla. Las partes nunca durante el proceso habían citado, invocado o hecho uso de la CISG durante el litigio, y sólo la parte finalmente perdedora se acordó de invocarla cuando el tribunal iba a dictar sentencia sumaria en su contra.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, la posibilidad de excluir la CISG requiere una expresión de las partes, clara, unívoca y positiva excluyendo las referencias generales a otros derechos de Estados parte(9) o a las Condiciones Generales de Contratación (CGC), preimpresas generalmente al reverso de la factura como es bastante habitual en Europa(10).

(7) Convención de La Haya de 1964 sobre la Ley Uniforme de la Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (citada como LUVI, disponible en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvl-1964-fr>) cuyo art. 3º admitía expresamente la derogación expresa o tácita.

(8) Véase las propuestas de reformas presentadas durante la Conferencia de la CISG en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG_Conference_s.pdf (en adelante "Conferencia" en la p. 93. En su Comentario la Secretaría General de la Conferencia señaló que se había eliminado esa parte del art. 3º de la LUVI (Conferencia, p. 19). Canadá, propuso como enmienda que una disposición contractual por la que se establezca que la legislación del Estado del que se trate era suficiente para excluir la CISG y que había sido rechazada (véase Conferencia p. 93).

(9) Véase "Digest", cit. párr. 2. Así, cuando dos partes, una italiana y la otra eslovaca declararon expresamente que "el contrato será gobernado por las leyes y reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia" el Tribunal de Padua que intervino el 11 de enero de 2005, declaró aplicable la CISG ("Ostroznik Savo v. La Faraona SOC. COOP. A.R.L.", disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1005&do=case>); el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional resolvió en el año 2002 un caso semejante y de la misma manera (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1163>); la Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, revirtió el fallo de la Cámara de Apelaciones el 31/1/2009 en el caso "Société Anthon GmbH & Co. v. SA Tonnellerie Ludonaise", disponiendo que la CISG se aplicaba a la venta y no el Código Civil francés como quería el vendedor. El Tribunal Cantonal del Jura, en un caso entre un vendedor francés que había enviado condiciones generales de contratación que aplicaban el derecho francés, y un comprador suizo, el 31/1/2004 decidió que la CISG era aplicable ya que las partes no habían hecho ningún contrato escrito excluyendo a la CISG y las condiciones generales establecidas al reverso de la factura no constituyen parte del contrato (véase el caso en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s1.html>). La Corte de Apelaciones de Linz, Austria, en un caso entre un comprador alemán y un vendedor austriaco rechazó la aplicación del Código de Comercio austriaco como deseaba el vendedor, a pesar de que el contrato se refería a ese código en relación con la garantía del producto. La Corte Suprema austriaca revirtió el fallo y declaró que el derecho austriaco era aplicable con relación a la garantía (véase decisión de la Corte Suprema austriaca del 4/7/2007 en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a8.html>). Simultáneamente, un reciente fallo del OLG Koblenz del 2/1/2016, apareció en la base de datos online de la editorial Beck (BeckRS 2016, 11766) y resumido con un comentario del Prof. Burghard PILTZ en la Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ) 2, 2017, p. 78-79, quien tuvo la gentileza de hacérmelo llegar, planteó una situación semejante con el comprador lituano de un vehículo a un vendedor alemán, durante el juicio producido por defectos donde, tras el contrato las partes sólo hicieron referencia a la compraventa y al sistema de garantías de la cosa del Código de Comercio y Código Civil alemán lo que tomó el tribunal como exclusión implícita del CISG por vía del art. 6º, decisión francamente criticable y que contradice una pacífica

jurisprudencia en Alemania. En efecto debe recordarse que algunos países europeos como es el caso de Alemania y España, disponen de legislación interna sobre las CGC, que consisten generalmente en contratos de adhesión pre-impresos formulados por las barras de abogados especializados en una materia determinada como el acero, los granos, o el carbón, y que esas CGC están basadas en los usos y costumbres del rubro. Al incorporarse las CGC al reverso de un documento comercial como puede ser la factura o la confirmación de compra se plantean problemas al intérprete ya que no resulta claro que ese hecho haya sido conocido y aceptado por la contraparte. A esto se le suma la llamada "batalla de los formularios" que sucede cuando hay entrecruzamiento de cláusulas contractuales en papeles comerciales de las partes de un contrato, donde lo que habitualmente en derecho interno se resuelve por la última comunicación, solución inadmisibles para la CISG donde el intérprete deberá nuevamente lidiar con el consentimiento real o presunto de la parte receptora(11). Sobre este tema se puede afirmar que la posición decididamente mayoritaria

jurisprudencia en Alemania.

(10) Véase el ilustrativo caso "Roser Technologies v. Carl Schreiber GmbH", resuelto el 10/9/2013 por la U.S. District Court, Western District of Pennsylvania y disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1877>. Sobre este tema nos hemos referidos con amplitud en nuestro trabajo GARRO, Alejandro M. - ZUPPI, Alberto L., "Compraventa internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Rechaza la exclusión de la CISG por vía de las CGC el Tribunal Cantonal de Berna, Suiza, en la decisión entre una parte suiza y la otra italiana del 19/5/2008 (disponible en <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1738.pdf>).

(11) Ha aceptado que la incorporación de términos estándares que se refieren a la ley particular de un estado llega a constituir una exclusión implícita de la CISG la Suprema Corte austríaca (OG) el 4/7/2007 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1229>) aunque el caso incide sobre la ley austríaca de protección al consumidor, revocando la opinión anterior del OLG Linz, del 23/1/2006 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1234>). También en España, la Audiencia Provincial de Alicante en el caso "BSC Footwear Supplies v. Brumby SL" (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=796>) del 16/11/2000, donde el tribunal analiza que a pesar de estar vigente la CISG para el contrato las referencias a la legislación de Inglaterra y la falta de mención de la CISG presupone una exclusión implícita. Contra este razonamiento el Tribunal de Comercio de Namur en Bélgica en el caso "SA P. v. AWS", resuelto el 15/1/2002 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=745>) sosteniendo que la remisión a condiciones de contratación estándares alemanas no significaba una exclusión de la CISG.

(12) Véase "Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.", U.S. District Court for the Northern District of Illinois, del 29/1/2003, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>. El vendedor canadiense provee de un horno de fundición a una empresa de los EE.UU. en un contrato gobernado por las leyes de Ontario. Siendo los dos países miembros de la CISG la mención a las leyes de Ontario no importó una exclusión de la CISG. La solución contraria se dio en España en el caso "BSC Footwear Supplies v. Brumby SL", resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante el 16/11/2000 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=796&step=FullText>) en un contrato entre un vendedor español y un comprador británico donde el contrato era regulado por el derecho hispano y la Audiencia estimó que había sido voluntad de las partes excluir la CISG. En Francia, la primera cámara civil de la Corte de Apelaciones de Colmar, en el caso "Musgrave Ltd. v. Céramique Culinare de France SA" el 26/9/1995 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=236&step=FullText>) determinó que la aplicación de la CISG reclamada por el comprador irlandés contra la vendedora francesa no procedía por haber seleccionado en el contrato las partes la ley francesa. Esta decisión fue revocada por la Cámara de casación el 17 de diciembre de 1996 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=245>) que estimó que la remisión general derecho francés hecha por la corte de apelaciones carecía de base legal. En Alemania el Oberlandesgericht (OLG) Rostock, el 10/10/2001 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=906>), aunque las par-

de los tribunales ha sido rechazar las CGC, a menos que existan evidencias claras y contundentes que la contraparte recibió las CGC, las estudió y las pudo conocer de manera que no queden dudas. En tal caso su silencio será visto como una aceptación de la CGC, pero si ésta no fuera la situación, como dije, los tribunales mayoritariamente las rechazan como inexistentes en la relación contractual.

Sin embargo, la posición que ha mostrado alguna ambigüedad en la jurisprudencia ha sido con relación a la elección del derecho interno de un Estado parte, sin hacer referencia a la CISG, aunque también debe subrayarse que la posición francamente mayoritaria de la jurisprudencia ha sido que en tal caso la CISG es aplicable(12).

Pero tanto por vía doctrinaria como por vía de la jurisprudencia, se han aceptado algunas premisas básicas para que una exclusión implícita de la CISG sea efectiva. Así, si el derecho elegido es de un Estado no parte de la CISG se ha considerado que la elección de ese derecho importaría una

tes se habían referido al Código de Comercio alemán en sus alegatos, la corte estimó a la CISG aplicable siendo parte del derecho alemán, y que para excluir la CISG las partes deben hacer mostrar una clara intención al respecto, continuando con la jurisprudencia que en 1995 había hecho el Landgericht Landshut (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=121>). En términos semejantes se expresó el Hanseatisches OLG Hamburg, el 26/1/2000 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=719>); también el OLG Dresden el 27/12/1999 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=441>); el OLG Bamberg, el 13/1/1999 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=504>) entre un vendedor portugués (país no parte de la CISG) y un comprador alemán donde el contrato contenía una cláusula eligiendo al derecho alemán, y la misma fue estimada como insuficiente para excluir a la CISG; y la Suprema Corte alemana (BGH) el 23/7/1997 estimando que la selección del derecho alemán no excluía la aplicación de la CISG. En los EEUU la tendencia ha sido semejante a la alemana. A los fallos ya citados *supra* se pueden sumar: en "It's intoxicating, Inc., v. Maritim Hotelgesellschaft mbH & D. Zimmer", resuelto por la U.S. District Court, Middle District of Pennsylvania, (disponible en <http://www.infoplex.info/case.cfm?id=1815>) el 31/7/2013 sostuvo que la elección de la ley de un estado contratante no excluía la CISG; también en "Orthotec, LLC, v. Eurosurgical, S.A.", resuelto por la Corte de Apelaciones para el Segundo Distrito de California, División 7, (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1226>) el 27/6/2007 había llegado a la misma conclusión. En Suiza el Handelsgericht (HG) des Kantons Zürich, el 9/7/2002 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1515>) resolvió de idéntica forma como también lo hizo el OG austriaco en un caso fallado el 14/1/2002 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=858>). En Australia la Corte Federal de Australia el 20/5/2009, en el caso "Olivay Pty Ltd v. Flottweg GmbH & Co KGAA" (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1448>) donde una cláusula contractual preveía la aplicación de derecho australiano reveló la intención de excluir a la CISG. En Polonia, la Suprema Corte el 17/10/2008 (véase <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1723>) en la compraventa entre un vendedor italiano y un comprador polaco estimó que la exclusión de la CISG podía ser expresa o tácita y puede ocurrir incluso con posterioridad al cierre del contrato. Las argumentaciones de las partes basadas en la ley polaca no es prueba suficiente de la tácita elección de la ley polaca y la CISG debía gobernar al contrato. En contra, en cambio, resolvió el Bezirksgericht Weinfelden de Suiza, en su decisión del 23/1/1998 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=371>). En el caso la corte estimó que la CISG no era aplicable al contrato y aunque el comprador no había firmado las CGC la falta de objeciones a la cláusula de derecho aplicable de las mismas convenció a la Corte que la intención conjunta de las partes era aplicar el Código Civil alemán (BGB). La Suprema Corte de Suiza, en un fallo del 16/12/2009 (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1516>) estableció que la decisión del tribunal arbitral que le tocó analizar era correcta. El tribunal arbitral había decidido que a pesar de haber elegido las partes al derecho suizo, para explicar el "incumplimiento esencial" había recurrido al art. 25 de la CISG y a los Principios de Unidroit (art. 7.3.1) y no al derecho suizo elegido. La Suprema Corte consideró que este apartamiento de la voluntad en este aspecto no había sido tal ya que tratándose de un contrato in-

exclusión implícita de la CISG (13). También, si las partes decidieran la aplicación de una regulación específica que se refiere a la compraventa puntual realizada, la CISG sería desplazada, total o parcialmente (14). La aplicación parcial de la CISG o *dépeçage* se da cuando las partes han incorporado al contrato normas o regulaciones incompatibles con la CISG o que deciden aspectos que la CISG no regula (15). A estos supuestos de exclusión implícita aceptada, se podría agregar el caso de *estoppel* o de la doctrina de los actos propios, que se da cuando las acciones de una parte han sido convincentes y unívocas para la otra o para el intérprete, en relación con la elección de un derecho diferente a la CISG y el consentimiento de la contraparte no puede ser puesto en duda, pero con relación a este supuesto no puede establecerse una regla general y su solución deberá ser analizada caso por caso (16).

La opinión 16 del Consejo Asesor de la CISG, que se refiere al tema de la exclusión bajo el art. 6º de la CISG (17), sostiene que la intención de las partes de excluir la Convención debe ser determinada conforme al art. 8º CISG (18). Ese artículo se refiere a la forma de interpretar la manifestación de una parte y no de ambas, y será indudablemente aplicable cuando la intención de excluir la CISG haya sido esbozada por sólo uno de los contratantes. Cuando las partes, en conjunto, hayan decidido excluir la CISG esa intención deberá ser manifestada de forma clara y unívoca de manera que el intérprete no deba recurrir a la interpretación sobre lo que

debió ser un simple ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. En tal supuesto, me parece más apropiado que la adecuación de esa manifestación de voluntad de las partes debe ser conforme con los principios que la CISG establece en el art. 7º (2) CISG, que regula las cuestiones atinentes a las materias que se rigen por la CISG que no estén expresamente previstas en ella, en este caso la forma de la exclusión del art. 6º de la CISG, la que se dirimirá de conformidad con los principios generales en los que se basa la CISG. Honnold sostiene que al no exigirse que la exclusión sea explícita "la cuestión de la aplicabilidad o modificación de la Convención debe ser resuelta conforme a las reglas ordinarias de interpretación contractual" (19). La opinión distingue que la exclusión puede pautarse en el contrato o con posterioridad al mismo como lo han comprobado algunos de los fallos que he referido (20).

Un párrafo aparte merece la aplicación del principio *iura novit curia* y la reticencia de algunos tribunales judiciales y especialmente arbitrales, a ir más allá de la voluntad de las partes, expresa o presunta. Ha sido este principio el que ha frenado muchas veces al árbitro o al juez a traer un derecho que no fue citado por las partes (21). Pero no debe existir confusión: una cosa es traer un derecho no invocado por las partes y otra cosa diversa es aplicar el derecho correcto cuando ha sido incorrectamente invocado. Cuando hay un derecho que resuelve la situación y las partes no lo invocan por ignorancia, es obligación del juez aplicarlo.

De todas formas, el principio exige prudencia de parte del juez o árbitro para no traspasar los límites de sus funciones, pues siempre existirán situaciones grises.

III. Conclusiones

La CISG ha demostrado ser una eficiente, justa y equilibrada forma de unificar universalmente la ley aplicable a las compraventas internacionales, y la nutrida jurisprudencia que ha ido acumulando a lo largo de décadas muestra un resultado acorde, uniformándose las decisiones jurisprudenciales ante situaciones similares en cualquier parte del globo.

En la contratación internacional, las partes deben ser cuidadosas a la recepción de CGC por parte de la contraparte. Aunque a lo largo de este artículo se ha mostrado su ineficacia por sí misma, dejar sin rechazar una CGC deja abierta la interpretación de la situación a una tercera parte, riesgo este fácilmente evitable.

Las modernas comunicaciones digitales favorecieron la aplicación de la CISG que admite una total libertad de formas para la conclusión del contrato, y la práctica enseña que salvo que se trate de un contrato de provisión considerable, las compraventas internacionales cotidianas se inician con un e-mail u otra comunicación electrónica y se concluyen con una llamada telefónica. Rara vez se establece entre las partes algo diferente del precio, el Incoterm que

determinará los costos y el traspaso del riesgo y la forma pautada para el pago, todo lo cual suele expresarse en la factura de venta que el vendedor emite y el comprador acepta expresa o implícitamente. Pero cuando las circunstancias impongan la redacción de un contrato, la experiencia enseña que no existe, fuera de la ignorancia de sus disposiciones, un motivo válido para excluir la CISG. Sin embargo, cuando la negociación imponga esa circunstancia, las partes deben ser claras y unívocas en su exclusión. ●

Cita online: AR/DOC/1355/2017

MÁS INFORMACIÓN

GARRO, Alejandro M., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino" (Primera parte), LA LEY, 1985-A, 693; Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 907. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino" (Segunda parte), LA LEY, 1985-A, 930; Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 927. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino" (Tercera parte), LA LEY, 1985-B, 975; Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 957.

{ NOTAS }

ternacional se habían usado medios comunes y aceptados internacionalmente para resolverlo.

(13) Véase la decisión del Tribunal de Padua del 11/1/2005 (disponible en http://www.uncitral.org/docs/clout/ITA/ITA_110105_FT_clean.pdf#) en el caso citado de "Ostroznik Savo (Vzerja Kunev) e Eurotrafic S.R.L. v. La Faraona Soc. Coop. a R. L.", donde el Tribunal reconoció que podría operarse una exclusión implícita de la CISG cuando las partes eligen al derecho de un Estado no parte, o cuando la referencia al derecho interno no deja dudas como cuando se pone que el derecho aplicable es "el derecho italiano del código civil".

(14) Pienso en un ejemplo, ya que no existe jurisprudencia al respecto, que remita a reglas del arte o la profesión. Así un contrato que establece que para estimar la calidad del producto deben cumplirse con normas específicas regionales, desplazará en lo pertinente a la CISG. Un caso donde el Tribunal resolvió una parte del contrato median-

te la CISG y cuestiones puntuales mediante las CGC, se dio el 9/5/2012, en el caso "SA H v. SA G.", por la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia (disponible en CLOUT no.1511 en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/069/12/PDF/V1506912.pdf?OpenElement>). En ese supuesto, se utilizó el interés pautado en las CGC y resolvió el litigio aplicando el art. 19(2) CISG.

(15) Véase GARRO, Alejandro M. - ZUPPI, Alberto L., "Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980", Ed. Abeledo/Thompson, Buenos Aires, 2012, ps. 54 y 55. En "Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty Ltd et al.", la Corte Federal del Distrito de Australia del Sud el 28/4/1995 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428a2.html>), estableció que la cuestión de la validez de una retención de título, no prevista por la CISG, debía ser resuelto por la ley doméstica, mientras el resto del contrato se regulaba por la CISG.

(16) Véase "Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc.", resuelto el 2/12/2010 por la U.S. District Court, Southern District of New York (disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1577>) donde la corte sostuvo que todos los actos del comprador estuvieron apoyados en el derecho de Nueva York y no en la CISG, hasta la finalización del *discovery*. El tribunal sostuvo que aunque la CISG pueda haber sido apropiada, el comprador por sus acciones ha consentido la aplicación de la ley de Nueva York.

(17) En adelante "Opinión", disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op16.html>, preparada por la profesora australiana Lisa Spagnolo.

(18) Véase "Opinión" punto 3. El art. 8167 CISG establece: "1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y

otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

(19) Conf. HONNOLD, John, "Uniform Law for International Sales under the 1980", United Nations Convention, Kluwer, Amsterdam, 1982, p. 106 y GARRO/ZUPPI, cit., p. 56.

(20) Conf. opinión cit., punto 3 y siguientes.

(21) Sobre este tema véase el ilustrativo artículo de SPAGNOLO, Lisa, "Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole", disponible en <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/spagnolo1.pdf>.