



Directores:  
**Alejandro M. Garro**  
**José A. Moreno Rodríguez**

Autores: **Iacyr Aguilar**  
**Lauro Gama Jr.**  
**Pedro Mendoza Montano**  
**José A. Moreno Rodríguez**  
**Inés Merfin Kropfly**  
**Gustavo Moser**  
**Edgardo Muñoz**  
**Mauricio Paris**  
**Pilar Perales Viscasillas**  
**Jorge Oviedo Albán**  
**Alvaro Vidal Olivares**

# La compraventa internacional y la "CISG": una perspectiva iberoamericana

**La compraventa  
internacional  
y la "CISG":  
una perspectiva  
iberoamericana**

Directores:  
**Alejandro M. Garro**  
**José A. Moreno Rodríguez**

# **La compraventa internacional y la “CISG”: una perspectiva iberoamericana**

Autores:

- Iacyr Aguilar • Lauro Gama Jr. • Pedro Mendoza Montano • José A. Moreno Rodríguez
- Inés Morfín Kroepfly • Gustavo Moser • Edgardo Muñoz • Mauricio París
- Pilar Perales Viscasillas • Jorge Oviedo Albán • Álvaro Vidal Olivares

# Índice

Directores:

**Alejandro M. Garro**

**José A. Moreno Rodríguez**

Editado por el  
**Centro de Estudios de Derecho,  
Economía y Política (CEDEP)**



Senador Long 463 e/ Del Maestro y Bertoni  
Asunción, Paraguay  
Teléfono: (595 21) 604736  
E-mail: info@cedep.org.py  
URL: www.cedep.org.py

Y por  
**Intercontinental  
EDITORIA S.A.**



Caballero 270 c/ Mcal. Estigarribia  
Telefs: (595 21) 496991 – 449738; Fax: (595 21) 448721  
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py  
URL: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diseño de tapa e interior: **Propuestas de Miguel Sosa**  
Corrección de textos: **Arnaldo Núñez**

Asunción – Paraguay, agosto de 2019.  
Hecho el depósito que marca la ley N° 1328/98.  
ISBN 978-99967-872-2-5

Prefacio	9
AGUILAR, IACYR “Primeiras aplicações da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias no Brasil”	15
GAMA JR., LAURO “El impacto de la CVIM en el derecho contractual brasileño”	41
MENDOZA MONTANO, PEDRO “Los Remedios Contractuales del Incumplimiento en la CISG y su comparación con los de la Legislación Guatemalteca”	59
MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ A. “La Nueva Guía de la OEA para los Contratos Internacionales y la Convención de Viena sobre Compraventa”	81
MOSER, GUSTAVO “O medo do desconhecido’ – o papel das emoções nas cláusulas de opt-out da CISG”	107
MUÑOZ, EDGARDO Y MORFÍN KROEPFLY, INÉS “Argentina y Francia: Dos nuevos modelos de reforma para el derecho contractual latinoamericano influenciados por la CISG y los PICC”	133
PARÍS, MAURICIO “La etapa de formación del contrato de compraventa de mercaderías: Similitudes y diferencias entre la CISG y el Derecho costarricense no uniforme”	159
PERALES VISCASILLAS, PILAR “Desafíos y futuro de la interpretación de la CISG”	189
OVIEDO ALBÁN, JORGE “Incorporación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías al derecho colombiano”	205
VIDAL OLIVARES, ÁLVARO “La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y su aplicación judicial en Chile. Acertada y desacertada aplicación”	219

## Prefacio

Es un honor y un placer para los coordinadores de esta obra presentar una colección de ensayos tan completa acerca del impacto que ha tenido la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (también conocida como “CVIM”, o bien la “CISG”, sus difundidas siglas en inglés) en América Latina. Hacemos esta presentación en una ocasión muy especial, en la víspera de la conferencia sobre este tema que el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (“CEDEP”) ha convocado para agosto de 2019 en su sede de Asunción del Paraguay. Es un orgullo para América Latina que esta conferencia internacional, a la que concurren muchos de los autores de los trabajos aquí incluidos, sea acompañada con una invitación para que el Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (también conocido por sus siglas “AC-CISG”) emprenda su 26ª reunión en agosto de 2019.

Los trabajos que aquí se presentan han sido elaborados casi 40 años después de que el texto de la CISG fuera adoptado en Viena en 1980, es decir, cuando el desafío de “unificar” el régimen de la compraventa internacional cuenta con una jurisprudencia relativamente elaborada acerca de muchas de sus disposiciones y luego de que las normas sobre la contratación mercantil internacional adoptado hayan tenido oportunidad de influenciar textos internacionales ampliamente difundidos, como es el caso de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“PUICC” o “Principios Unidroit”), los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (“PECL”) y otras variaciones regionales que se extienden a los países de África (legislación uniforme de la Organización para la Armonización Africana del Derecho Mercantil, conocida como “OHADA”), Asia (Principios Asiáticos de Derecho de los Contratos o “PACL”) y América Latina (Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos o “PLDC”).

También en América Latina la CISG ha tenido una influencia importante en la jurisprudencia en materia contractual desarrollada en los últimos años en algunos países de la región, como así también en las reformas legislativas más recientes en materia de contratos. Los artículos que se recogen en este libro no solamente reseñan este impacto jurisprudencial y legislativo en algunos países de nuestra América (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, y Costa Rica), sino que tam-

bién incorporan reflexiones acerca de cambio sustancial que introduce la CISG a la legislación interna del contrato de compraventa, comparación que resulta sumamente ilustrativa para destacar las ventajas que ofrece el régimen que introduce la CISG a la dogmática moderna del derecho interno de las obligaciones y contratos en general y la compraventa en particular.

Esta comparación entre el derecho interno o doméstico del contrato de compraventa con el derecho internacional y uniforme que introduce la CISG la encontrará el lector al contrastar esta última con el derecho costarricense en materia de formación del contrato, tema que cubre el profesor Mauricio París, de la Universidad de Costa Rica. Por su parte, el profesor Pedro Mendoza Montano, de la Universidad Francisco Marroquí, destaca las diferencias entre el esquema fragmentado e incompleto del Código Civil de Guatemala en comparación con la regulación más moderna, sistemática y unificada de los remedios disponibles bajo la CISG en caso de incumplimiento de contrato. En ambas comparaciones el lector encontrará no solamente diferencias para contrastar, sino también sugerencias para colmar tanto las lagunas “internas” (a las que se refiere el art. 7(2) CISG) como las “externas” (v.gr., a las que se refieren los arts. 4-6 CISG).

Suele apreciarse el éxito que ha tenido la CISG por el relativamente alto número de países que la han adoptado (a la fecha más de 90), como así también por la diversidad de regiones (todos los continentes), variedad de tradiciones jurídicas (tanto las de raigambre neorromanista, como las basadas en el derecho inglés) y estructura socioeconómica (países altamente industrializados como en vías de desarrollo). En América Latina la compraventa internacional de mercaderías cuenta con un texto uniforme, con la excepción de Bolivia y Venezuela en América del Sur, Guatemala, Nicaragua y Panamá en América Central, Belice y Surinam en el Caribe.

Esta imagen positiva de la unificación de la compraventa internacional, sin embargo, cabe matizarla con la realización de que, a pesar de que la CISG está por cumplir su cuadragésimo aniversario, los tribunales de algunos países todavía mantienen interpretaciones idiosincráticas o “acriolladas” que no permiten discernir que realmente se trate de un derecho genuinamente “uniforme”. En realidad, la decantación del texto de la CISG, entre la fecha de su ratificación como tratado internacional y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia, suele llevar varios años.

A pesar de que la CISG ha estado en vigencia en Chile por más de 20 años, destaca el profesor Álvaro Vidal Olivares, de la Universidad de Valparaíso, que el más alto tribunal de Chile no ha acertado todavía en verificar que se encuentren reunidas las condiciones necesarias antes de que opere la exclusión tácita de

la CISG bajo su artículo 6 CISG. Tampoco los tribunales de apelación han sabido otorgarle su verdadero sentido a la reserva chilena bajo el art. 96 CSG. En Colombia, donde la CISG lleva más de 15 años de vigencia, el profesor Jorge Oviedo Albán, de la Universidad de La Sabana, hace referencia al apoyo que la Corte de Constitucionalidad le ha dado a la exigibilidad de la CISG y la influencia que alguna de sus disposiciones como la obligación de mitigar los daños y perjuicios (art. 77 CISG) ha tenido en la interpretación del derecho de los contratos que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sin embargo, hasta la fecha la CISG no ha sido aplicada en forma directa a contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Claro está que así como la elaboración y adopción formal de su texto llevaron más de medio siglo, el impacto de la CISG como derecho uniforme a los contratos de compraventa internacional de mercaderías seguirá llevando mucho más tiempo que la influencia que la CISG ha tenido como modelo para reformar el derecho de los contratos. Así, el impacto de la CISG se ha plasmado en la codificación del derecho contractual en países tan diversos como Estonia, Letonia, Rusia y China, como así también Alemania y los Países Bajos. Más cercano a nuestra cultura jurídica son las reformas al derecho de los contratos adoptadas en Francia en febrero de 2016 y algunas adaptaciones de la CISG al derecho contractual argentino adoptadas por la República Argentina en el Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde agosto de 2015. El trabajo del profesor Eduardo Muñoz, de la Universidad Panamericana de Guadalajara, con la colaboración de la licenciada Inés Morfín Kropely incorpora a este libro un análisis funcional de una serie de disposiciones que los nuevos modelos argentino y francés de los contratos han tomado de la CISG. Esta óptica comparada es utilizada con provecho para evaluar en qué medida ambos países han aprovechado o bien perdido la ocasión de modernizar su derecho de contratos en general, y la compraventa en particular, adoptando soluciones aportadas por la CISG y los Principios Unidroit a problemas concretos relacionados con la validez del contrato, la responsabilidad precontractual, interpretación e integración del contrato, usos y prácticas de las partes y en el comercio internacional, y la innovadora impronta con la que estos textos de derecho uniforme han influenciado los “remedios” o derechos-acciones de la parte agraviada por el incumplimiento (incluyendo la oportunidad de suspender el cumplimiento de su prestación, las circunstancias limitadas en las que puede exigir el cumplimiento específico, la medida del reclamo de los daños y perjuicios ante la suspensión del contrato, y la no menos restringida facultad para exonerarse de cumplir en casos de fuerza mayor y excesiva onerosidad sobreviniente).

Tanto la República Federativa del Brasil como la República del Paraguay decidieron reformar su legislación en materia de contratos con posterioridad a

la adopción del texto adoptado en Viena. El Paraguay unificó el régimen de los contratos civiles y comerciales al adoptar un nuevo código en 1985 y el Brasil hizo lo mismo en el 2002. Sin embargo, ambos proyectos de reforma se gestaron años antes de la adopción del Convenio de Viena de 1980, razón por la cual se perdió la oportunidad de compulsar la contribución de la CISG al moderno derecho de los contratos. Sin embargo, como lo destacan tanto la profesora Iacyr Aguilar Vieira, de la Universidad Federal de Viçosa, como el profesor Lauro Gama Jr. (PUC-Río de Janeiro), la difusión de los principios de la CISG por parte de académicos y jueces brasileños llevó que a partir del año 2000 ya se hiciera sentir la influencia del texto de Viena en algunas sentencias pronunciadas por los tribunales, especialmente en cuanto a la obligación del acreedor de mitigar o limitar sus propios daños (art. 77 CISG), el requisito de que el incumplimiento del contrato sea “esencial” para recién entonces poder reclamar su resolución (art. 25 CISG), y la posibilidad de anticipar la resolución cuando el incumplimiento de la otra parte sea manifiesto (art. 72 CISG). A solo cinco años de haber entrado la CISG en vigencia en Brasil, ambos autores hacen referencia a sentencias relativamente recientes por parte del Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina (9 de mayo de 2019) y dos sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul (30 de marzo y 21 de junio de 2017), en las que se aplicó la CISG y se recurrió a los Principios Unidroit con el fin de colmar sus lagunas.

La difusión de la CISG en Brasil, a pocos años de entrar en vigor, sugiere que su impacto en el desarrollo del derecho de los contratos seguirá avanzando en el futuro no tanto a través de su aplicación directa a controversias surgidas de contratos de compraventa internacional de mercaderías, sino a través de la difusión de sus principios y soluciones prácticas a través de la doctrina. Esta difusión ha de ir en aumento en la medida en que se acrecienta el estudio de la doctrina que se ha ido elaborando alrededor de los diversos instrumentos que componen el denominado “derecho comercial internacional” (“DCI”) al que se refiere la profesora Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III de Madrid, en sus reflexiones acerca de los retos que enfrenta la interpretación de la CISG.

Sin duda que un mejor entendimiento y mayor aplicación de la CISG se ha de lograr a través de su estudio en la temprana formación universitaria de los futuros jueces, abogados y árbitros. Cabe destacar en este sentido la creciente incorporación del estudio de la contratación internacional a la asignatura de los contratos de derecho doméstico (como ocurre en un buen número de escuelas de derecho de los EE.UU.) o bien en los cursos de derecho mercantil (como se observa en un buen número de escuelas de derecho españolas), o bien en cursos de derecho internacional privado o negocios internacionales (como suele ser el caso de muchas universidades de América Latina). También es relevante el hecho

de que los temas relacionados con la CISG, los Principios Unidroit y otros instrumentos de lo que la profesora Perales Viscasillas denomina “DCI” suelen ser analizados por un número creciente de generaciones de estudiantes que participan con entusiasmo y mucho trabajo en las jornadas vibrantes que tienen lugar cada mes de abril en Viena (“Willem C. Vis Moot Arbitration”) y Madrid (“Moot Madrid”) y en el mes de junio en París (“Concours d’arbitrage international de Sciences Po”). También durante el mes de septiembre tiene lugar la “Competencia Internacional de Arbitraje” que organizan todos los años la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario, en la que también participan cientos de estudiantes de derecho de las Américas. La XII Competencia Internacional de Arbitraje tendrá lugar este mes de septiembre en Asunción, sirviendo el lanzamiento de esta obra y la reunión del AC-CISG como marco adecuado para la competencia.

Más allá de la importancia que tiene una formación jurídica orientada a una comprensión de la contratación transfronteriza y los instrumentos de DCI que la informan, también cabe destacar la relevancia que tiene el marco jurídico que regula la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Claro está que en la mayoría –aunque no en todos– los países de la región las partes disfrutan de la facultad de ejercer lo que los especialistas en derecho internacional privado denominan “autonomía conflictual”. También es importante tener en cuenta que la CISG faculta a las partes a excluir su aplicación (“opt-out”), en todo o en parte. Pero las investigaciones empíricas del Dr. Gustavo Moser han demostrado que en aquellas ocasiones en que las partes cuentan con la posibilidad de escoger el derecho aplicable al contrato, dicha elección no siempre se inspira en un análisis racional de las diversas alternativas disponibles para las partes. Nos enseña el Dr. Moser que muchas veces es el “miedo a lo desconocido” o factores emocionales los que llevan a optar por el derecho interno con el que se encuentra más familiarizada la parte que tiene el mayor poder de negociación, opción que suele prevalecer por encima de la conveniencia de un régimen contractual neutral, equilibrado y apropiado para un contrato internacional. De allí la importancia de contar con un marco jurídico adecuado para que las partes puedan optar por un régimen genuinamente internacional y adecuado para la contratación transfronteriza, tal como el que ofrece la CISG y los Principios Unidroit.

A pesar de haber sido pioneros en la regulación internacional de la contratación internacional, las soluciones previstas por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 o el llamado Código Bustamante de 1928 no aportan una solución clara y adecuada a la moderna contratación internacional. La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (“Convención de México”), pese a sus aciertos, no ha logrado una aceptación generalizada entre los países de la región (solo ha sido adoptada por México y Ve-

nezuela). De allí la necesidad de contar con un marco jurídico idóneo para que el derecho moderno de la contratación transfronteriza pueda ser o bien adoptado libremente por las partes o aplicado por los tribunales de justicia cuando las partes no han expresado su voluntad de escoger un derecho determinado. Este vacío es el que está destinado a llenar la reciente aprobación de los “Principios de La Haya sobre elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales”, acontecido en marzo de 2015. Uno de los coeditores de esta obra, el Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, integrante del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, propugna que la recientemente aprobada “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas” pueda servir de “caballo de Troya” para viabilizar la aplicación de la CISG, los Principios Unidroit y otros instrumentos de DCI en la contratación internacional.

Es nuestro ferviente deseo que los trabajos incorporados en este libro, junto con el impulso que le otorga esta próxima 26ª reunión del AC-CISG y la XII Competencia Internacional de Arbitraje, que el CEDEP tiene el honor de auspiciar en Asunción, contribuyan a una mejor difusión, comprensión y aplicación de este derecho uniforme de la contratación internacional.

Prof. Alejandro M. Garro

Prof. José Antonio Moreno Rodríguez

## Primeiras aplicações da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias no Brasil

Iacyr de Aguiar Vieira<sup>1</sup>

**SUMARIO:** Trata-se de um pequeno repertório de decisões aplicando a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias no Brasil, até a presente data. Verifica-se a aplicação da Convenção antes de sua entrada em vigor no sistema jurídico nacional, bem como após a incorporação do instrumento de direito uniforme no direito nacional, e constata-se que ainda há um bom caminho a percorrer em busca da uniformidade em sua aplicação. A leitura das decisões remete ao questionamento sobre as condições de aplicabilidade e os critérios de aplicação preconizados pelo texto convencional, assim como a uma análise do direito brasileiro neste sentido. Conclui-se pela importância do contato com os repertórios internacionais de jurisprudência, e da leitura de comentários a decisões prolatadas em várias jurisdições, leitura essa que poderá contribuir para a aplicação uniforme do direito convencional sobre a compra e venda internacional de mercadorias.

I. Introdução. II. Campo de aplicação da Convenção de Viena de 1980. 1 – Condições e critérios de aplicabilidade da Convenção de Viena no Brasil. A) Condições e critérios de aplicabilidade previstos na CISG. a) Condições expressamente determinadas na Convenção de Viena de 1980. b) Critérios de aplicabilidade expressamente determinados na Convenção de Viena de 1980. b.1. Critério fundado na reciprocidade. b.2. Critério fundado nas regras do direito internacional privado. B) Normas do direito interno relativas à lei aplicável ao

<sup>1</sup> Doutora em Direito Privado pela Université Robert Schuman de Strasbourg. Professora de Direito Civil e de Direito Internacional Privado. Aposentada pela Universidade Federal de Viçosa, MG, Brasil. Advogada.

contrato internacional. a) O princípio da autonomia da vontade das partes para escolha do direito aplicável. b) Critérios objetivos previstos na lei brasileira. 2 - Aplicação da Convenção de Viena como expressão dos usos e costumes do comércio internacional. A) Aplicação, pelo árbitro, da Convenção de Viena, como representativa de usos e costumes do comércio internacional. B) Aplicação, pelo juiz estatal, da Convenção de Viena, como representativa de usos e costumes do comércio internacional. **III**- Comentário às decisões aplicando a Convenção de Viena de 1980 no Brasil. **IV** – Conclusões.

## I - Introdução

O Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias<sup>2</sup> com o depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral da ONU, em 4 de março de 2013, tornando-se assim, à época, o 79º Estado membro deste importante instrumento de direito uniforme<sup>3</sup>.

No plano internacional, a Convenção de Viena de 1980 entrou em vigor para o Brasil em data de 1º de abril de 2014, tal como prevê o art. 99 (2) do texto convencional<sup>4</sup>. No plano interno, todavia, a Convenção de Viena de 1980 passa a integrar formalmente o direito nacional somente a partir de 17 de outubro de 2014, com a publicação, no Jornal Oficial, do Decreto-Lei nº 8.327, de 16 de outubro de 2014 que a promulgou<sup>5</sup>.

É importante ressaltar que muitos estudos<sup>6</sup>, congressos, seminários e colóquios tiveram lugar no Brasil, e que muitas teses de doutorado sobre a Convenção de Viena,

foram defendidas por estudantes brasileiros<sup>7</sup>, no período que antecede a adesão do País à Convenção<sup>8</sup>.

A leitura da jurisprudência brasileira aplicando a Convenção de Viena de 1980 inspirou o tema deste estudo.

As três primeiras aplicações da Convenção de Viena aqui analisadas foram proferidas antes da adesão do Brasil a este importante instrumento de direito uniforme.

A primeira dessas decisões, proferida pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 de maio de 2009, numa Apelação Cível, aplicou os artigos 8-3 e 77 CISG, numa situação de inexecução do contrato celebrado entre partes estabelecidas no Brasil. Os artigos da CISG, relativos ao comportamento de equidade e boa-fé na execução do contrato, e a obrigação de minimizar os danos, foram aplicados em conjunto com o Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil<sup>9</sup>, e com os artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro<sup>10</sup>.

A segunda decisão foi proferida na Apelação Cível, pela 4ª Câmara de Direito Privado da Corte de Apelação do Estado de São Paulo, em 24 de abril de 2008. A sentença, relativa à inexecução de contrato celebrado entre duas partes brasileiras, fundamentou-se no artigo 72 CISG, relativo a *exceptio non adimpleti contractus*. Interessante é que o Código Civil Brasileiro regula esta matéria nos artigos 476 e 477, e o contrato versava sobre compra e venda de bem imóvel a construir, não entregue no prazo indicado no contrato<sup>11</sup>.

A terceira decisão foi proferida também pela Corte de Apelação do Estado de São Paulo, em 3 de julho de 2007, pela 16ª Câmara de Direito Privado. A sentença aplicou o artigo 77 CISG em conjunto com o Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil, assim como os artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro<sup>12</sup>.

<sup>2</sup> O Brasil aderiu à Convenção de Viena, pelo Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012, publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 19/10/2012 (nº 203, Seção 1, pág. 4), que aprovou o seu texto.

<sup>3</sup> Sobre o depósito do instrumento de adesão, ver site internet: <http://www.unis.univie.ac.at/pressrels/2013/unis182.html> Acesso em 19 de junho de 2019.

Neste estudo, as referências a esta importante Convenção serão apresentadas sob formas abreviadas: Convenção de Viena de 1980, Convenção de Viena, ou, simplesmente, Convenção.

A sigla em inglês CISG, será utilizada após a transcrição de seus dispositivos, ou a referência a seus artigos.

<sup>4</sup> Art. 99(2) CISG: (...) (2) « Quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acesso, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acesso, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo ». (texto conforme a versão publicada no DOU).

<sup>5</sup> Decreto-Lei nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, publicado no Diário Oficial da União (DOU), de 17/10/2014, Seção 1 - Pág. 2, (Publicação Original).

<sup>6</sup> Para citar alguns trabalhos importantes e pioneiros elaborados antes da adesão do Brasil à CISG e a ela fazendo referência: AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994; CERQUEIRA, GUSTAVO VIEIRA DA COSTA, «Defective performance in contracts for the international sale of goods. A comparative analysis between the Brazilian Law and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods», *Pace International Law Review*, 2005-2006, p. 23-84. 2.2.4.9. CERQUEIRA, GUSTAVO VIEIRA DA COSTA, « O cumprimento defeituoso nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias – Estudo comparativo entre o direito brasileiro e a Convenção de Viena de 1980 », in: Estudos em homenagem ao Professor Erik Jayme, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 497-548 (em português). DE AGUIAR VIEIRA, I. A utilização de um direito uniforme sobre a venda internacional: o equilíbrio de suas regras, a sua compreensão e o seu caráter incompleto. In: *Direito Internacional Privado. Negócios Internacionais, Contratos, Tecnologia*. FRANCESCHINI, L.F. e WACHOWICZ, M. (Org.). Curitiba: Ed. Jurua, pp. 167-189, 2000. DE AGUIAR VIEIRA, I. MOTA, C. E., RODRIGUEZ, J.A.M., *Compraventa Internacional de mercaderias: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. In: Derecho del comercio internacional: MERCOSUR- Union Europea*. 1 ed., Montevideo/Buenos Aires/Madrid: Eds. B. de F./Réus, 2005, v.1, p. 345-397. DE AGUIAR VIEIRA, I., LACERDA DA SILVA, MILENY A. E PEREIRA LEÃO, ALEXANDRE. Direito uniforme sobre a compra e venda internacional de mercaderias: convergências e divergências em sua aplicação. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61-83, vol. 35, p. 2007, p. 141- 161. DE AGUIAR VIEIRA, I. The CISG and Party Autonomy in Brazilian International Contracts Law. In: *Panorama of Brazilian Law*, v. 1, p. 173, 2013.

<sup>7</sup> Para citar as mais próximas do autor deste estudo: DE AGUIAR VIEIRA, I., « La convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil », apresentada e defendida pela autora, à Université Robert Schuman de Strasbourg, em 2003, publicada sob o título: *L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2010. PIGNATTA, FRANCISCO AUGUSTO, « La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésiliens », apresentada e defendida pelo autor à Université Robert Schuman de Strasbourg, em 2008, publicada sob o título: *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne de 1980 – Une étude comparative avec les droits français et brésiliens*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2011.

<sup>8</sup> Para uma leitura sobre como a doutrina e a jurisprudência brasileira concebiam a CISG no período que antecede a sua adesão pelo Brasil: DE AGUIAR VIEIRA, I., *Brazilian report*. In: Franco Ferrari. (Org.). *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. 1a. ed. Munich: Sellier -European Law Publishers, 2008, v. 1, p. 7-31.

<sup>9</sup> III Jornada de Direito Civil, realizadas no período de 1 a 3 de dezembro de 2004.

Enunciados publicados em 08/12/2004.

Enunciado 169: «Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo».

Site Internet: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>

Acesso em 19 de junho de 2019.

<sup>10</sup> TJRS – Apelação Cível nº 70025609579, julgada em 20 de maio de 2009 e publicada em 27 de maio de 2000 – Site Internet: <http://www.tjrs.jus.br>

Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1179, disponível em:

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 4.

Site Internet: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1179\\_leg-2709.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1179_leg-2709.html)

Acesso em 19 de junho de 2019.

<sup>11</sup> TJSP – Apelação Cível nº 379.981-4/0, julgada em 24 de abril de 2008 e publicada em 21 de maio de 2008.

Site Internet: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1180, disponível em:

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 5.

Site Internet: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1180\\_leg-2708.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1180_leg-2708.html)

Acesso em 19 de junho de 2019.

<sup>12</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1.170.013-1, julgada em 3 de julho de 2007 e publicada em 27 de julho de 2007.

Site Internet: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1180, disponível em:

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 5-6.

Site Internet: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1181\\_leg-2707.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1181_leg-2707.html)

Acesso em 19 de junho de 2019.

O teor destas três primeiras decisões sugere que se trata de uma aplicação incidental de dispositivos da Convenção, a título de direito comparado, mesmo se assim não o declara expressamente o julgador.

Em outras três decisões que foram proferidas após a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre contrato de compra e venda internacional de mercadorias, a 12ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sugere a sua aplicação como direito uniforme, ou a aplica, como « expressão máxima » de usos e costumes do comércio internacional.

A primeira destas decisões, prolatada no âmbito de um Agravo de Instrumento, faz referência expressa à Convenção de Viena de 1980, sem, no entanto, aplicá-la diretamente. Como se trata de recurso com efeito devolutivo, o juiz de segunda instância não decide sobre o mérito, recomendando todavia ao juiz de primeira instância, a sua aplicação, como parte integrante do direito brasileiro, desde que se complete o « seu rito de incorporação » e, eventualmente, do direito interno da Venezuela, Estado onde domiciliada uma das partes do contrato<sup>13</sup>.

A segunda decisão, prolatada no âmbito de uma Apelação Cível, faz referência expressa à CISG, e a aplica, com base no « princípio da proximidade », e a título de « expressão máxima da praxe do comércio internacional ». A decisão de mérito nega provimento à arguição de nulidade do contrato, pois « em absoluta desconformidade com o dever máximo de boa-fé nas relações negociais do comércio internacional que o artigo 7(1) CISG espelha ». O Tribunal fundamenta-se nos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional, notadamente no artigo 3.3.1., estes a título de norma principal, para manter a sentença recorrida e a condenação da ré, empresa vendedora, à restituição do valor recebido em duplicidade<sup>14</sup>.

A terceira decisão, também prolatada no âmbito de uma Apelação Cível, faz referência expressa à CISG, aplicando-a, com base no princípio da proximidade, e a título de « regramento costumeiro das relações comerciais internacionais ». A decisão de mérito aplica a CISG – artigos 47(1), 49(1)(b) e 81(2), e os Princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional, notadamente o artigo 1.2., estes a título de complementaridade e em qualidade de « nova *lex mercatoria* », para manter a sentença recorrida que havia

<sup>13</sup> TJRGs - Acórdão N° 70065345423 (N° CNJ: 0219920-44.2015.8.21.7000) 2015/Cível. Julgado em 10 de setembro de 2015, publicado no Diário da Justiça do dia 14/09/2015.

Acórdão publicado no Site Internet: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232658115/agravo-de-instrumento-ai-70065345423-rs-2326581133>

Acesso em 10 de maio de 2019.

<sup>14</sup> TJRGs - Acórdão N° 70072090608 (N° CNJ : 0419254-25.2016.8.21.7000) 2016/Cível. Julgado em 30 de março de 2016.

Publicado no Site Internet: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2819.pdf> -

Publicado também no Sistema CLOUT-UNCITRAL (Decisão n° 1714):

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/185, p. 9;

[http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1714\\_300317.html?lng=fr](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1714_300317.html?lng=fr)

declarado a rescisão do contrato e a restituição do valor recebido pelo vendedor<sup>15</sup>.

Recentemente, a Primeira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em uma Apelação Cível interposta por partes estabelecidas no Brasil, reformou a sentença de primeiro grau para qualificar o contrato como sendo de compra e venda internacional de mercadorias, celebrado entre empresa brasileira e empresa estabelecida na Alemanha, por encomenda de terceira pessoa que não compõe a lide. A Convenção de Viena foi aplicada<sup>16</sup>, com base no Artigo 11 CISG, no que concerne à liberdade de forma para caracterização da existência do contrato em face dos diferentes documentos apresentados, sobretudo as faturas e notas fiscais<sup>17</sup>.

A leitura destes acórdãos é muito interessante. As questões relativas ao mérito são importantes e dão ensejo a uma análise especial em um futuro próximo, visto a amplitude de que se revestem.

Todavia, as questões relativas ao campo de aplicação da Convenção, que uma primeira leitura destas decisões faz ressaltar (II), despertam a necessidade de comentá-las (III).

## II - Campo de aplicação da Convenção de Viena de 1980

A aplicação do direito uniforme da compra e venda decorre tanto de condições e critérios expressamente previstos no texto convencional quanto de normas internas de direito aplicável (1). A sua utilização como expressão de usos e costumes do comércio internacional também é possível (2).

### 1 – Condições e critérios de aplicabilidade da Convenção de Viena no Brasil

A Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias estabelece em seu artigo primeiro as condições e os critérios de aplica-

<sup>15</sup> Acesso em 10 de maio de 2019.

TJRGs - Acórdão N° 70072326940 (N° CNJ: 0000409-73.2017.8.21.7000) 2017/Cível. Julgado em 14 de fevereiro de 2017.

Publicado no Sistema CLOUT-UNCITRAL (Decisão n° 1733):

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/188, p. 3

[http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1733\\_140217.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1733_140217.html)

Acesso em 10 de maio de 2019.

<sup>16</sup> TJSC - Apelação Cível N° AC 0305428-39.2014.8.24.0038 Joinville 0305428-39.2014.8.24.0038 - Julgamento em 9 de maio de 2019.

<sup>17</sup> Trecho da Ementa do Acórdão:

«Apelação Cível. Ação de cobrança. Sentença de improcedência. Recurso da autora. Argumentos quanto à existência de relação negocial comprovada pelos diversos documentos juntados ao processo. Sentença de improcedência dos pedidos iniciais fundada na inexistência de contrato escrito. Relação comercial entre as partes incontroversa. Contrato de importação por encomenda firmado com terceira empresa que não integra a lide juntado aos autos. Prova documental que demonstra que a ré (importadora) adquiriu da autora (exportador estrangeiro) os produtos encomendados pela terceira empresa (encomendante). Tese arguida pela própria ré, ao afirmar ter adquirido com recursos próprios os produtos encomendados. Negócio firmado entre as partes que é de compra e venda internacional de mercadorias, e não de importação. Forma de negócio que prescinde de instrumento formal. Inteligência do artigo 11 da Convenção das Nações Unidas sobre contrato de compra e venda internacional de mercadorias, da qual o Brasil é signatário promulgada pelo decreto n. 8.327/2014. Tese acolhida. Relação comercial reconhecida. Valor devido. Alegação de que as faturas e notas fiscais juntadas ao processo comprovam que a ré é devedora, pois não pagou integralmente pelos produtos que adquiriu da autora. Faturas de embarque anexadas pela demandante que correspondem aos produtos descritos nas notas fiscais emitidas pela ré no negócio de importação por encomenda em relação à terceira empresa. Parte ré que em sua defesa não teceu uma linha sequer acerca da existência de pagamento do valor cobrado pela autora, tampouco juntou comprovantes de pagamento. Importação por encomenda cuja característica é a aquisição dos produtos com recursos próprios da importadora. Fato alegado pela própria ré. Ônus de impugnar especificamente o pedido inicial e de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora que lhe incumbia. Valor devido efetivamente comprovado, sobre o qual incide correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, desde o vencimento (artigo 397 do Código Civil). Argumentos acolhidos. Ônus sucumbenciais. Provimento do recurso que resulta na procedência dos pedidos iniciais. Ônus invertido. Honorários recursais. Verba inaplicável ao caso. Recurso conhecido e provido.»

(TJ-SC - AC : 03054283920148240038 Joinville 0305428-39.2014.8.24.0038, Relator: Luiz Zanelato, data de julgamento: 09/05/2019, Primeira Câmara de Direito comercial).

Fonte : site Internet : <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707072480/apelacao-civel-ac3054283920148240038-joinville-0305428-3920148240038>

Acesso em 19 de junho de 2019.

bilidade do seu texto (A); o direito interno de cada país também é passível de determinar normas para sua aplicação (B).

#### A) Condições e critérios de aplicabilidade previstos na CISG

O artigo primeiro da Convenção de Viena apresenta condições e critérios para sua aplicação:

- « 1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:
  - (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou
  - (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.
- (2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.
- (3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato. »

Da leitura deste artigo depreendemos que existem condições (a) e critérios de aplicabilidade (b)

##### a. Condições expressamente determinadas na Convenção de Viena de 1980

A primeira condição prevista no *caput* do artigo primeiro da Convenção é a internacionalidade do contrato, definida pelo fato de serem as partes contratantes estabelecidas em Estados distintos. Visto as diferentes concepções de estabelecimento comercial definidas nos direitos nacionais, e a possibilidade de ser aplicada a contratos civis e comerciais, a Convenção de Viena não define a noção de estabelecimento<sup>18</sup>, apenas reportando-se, no artigo 10 CISG, às hipóteses em que haja pluralidade de estabelecimentos ou a hipótese de ausência de estabelecimento comercial:

« Para os fins da presente Convenção:

- (a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;
- (b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual. »

<sup>18</sup> Para uma menção expressa do fato de que a Convenção não define a noção de estabelecimento, ver a decisão n° 930, do *Recueil de jurisprudence* [Tribunal cantonal du Valais, Suisse, de 23 de maio e 2006] (ver texto integral da Decisão).

Como nos esclarece o *Précis de jurisprudence*<sup>19</sup>, publicado pela UNCITRAL, em 2016 :

«*La Convention ne s'applique pas à tous les contrats de vente internationale de marchandises ; son champ d'application se limite plutôt aux contrats de vente de marchandises qui satisfont à un critère d'internationalité précis énoncé au paragraphe 1 de l'article premier. Selon cette disposition, un contrat de vente de marchandises est international lorsque les parties ont, au moment de la conclusion du contrat (nota de rodapé n°6)<sup>20</sup>, leurs établissements respectifs dans des États différents (nota de rodapé n° 7)<sup>21</sup>. Une juridiction a déclaré que l'établissement à prendre en compte pour chacune des parties est son "établissement principal* » (nota de rodapé n° 8)<sup>22</sup> ».

A jurisprudência tem entendido pela exclusão de determinadas situações passíveis de configurar-se como estabelecimento para fins de celebração de contrato submetido a suas regras, tais como exposições, feiras, centro de negócios situados em hotéis; estes locais não são considerados como estabelecimentos para fins de determinação da internacionalidade do contrato. A «eventualidade» é afastada pela jurisprudência, que privilegia a noção de «estabilidade» e de «durabilidade das atividades comerciais em determinado local», como se pode verificar em várias decisões.

É também no *Précis de jurisprudence*<sup>23</sup> que encontramos uma base para a construção jurisprudencial da noção de estabelecimento : « Segundo várias jurisdições, o termo « estabelecimento » pode ser definido como « o lugar a partir do qual a atividade comercial é efetivamente desenvolvida [...] ; o que exige uma certa durabilidade e estabilidade, assim como uma certa "autonomia" (nota de rodapé n° 11)<sup>24</sup>. De maneira similar, um tribunal enunciou que um estabelecimento existe, desde que exista uma «organização comercial permanente e estável e não um lugar em que apenas os preparativos em vista da conclusão de um contrato único foram feitos" (nota de rodapé n° 12)<sup>25</sup>. Segundo uma jurisdição, para que haja «estabelecimento», «é suficiente que exista uma organização

<sup>19</sup> CNUDCI ou UNCITRAL, *Précis de jurisprudence* de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Édition 2016, p. 4.

<sup>20</sup> Ver : *Recueil de jurisprudence* sob n° 867 [Tribunale di Forlì, Itália, 11 de dezembro de 2008], tradução em inglês disponível em site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); Tribunale di Padova, Itália, 25 de fevereiro de 2004, tradução em inglês disponível em site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); Decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 608 [Tribunale di Rimini, Itália, 26 de novembro de 2002] (ver texto integral da Decisão); Oberlandesgericht Dresden, Alemanha, 27 de dezembro de 1999, disponível em site Internet : [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch).

<sup>21</sup> Ver : Polimeles Protodikiio Athinon, Grèce, 2009 (n° de rôle 4505/2009), tradução em inglês, disponível em site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); Tribunale di Padova, Itália, 25 de fevereiro de 2004, tradução em inglês disponível em site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); Decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 608 [Tribunale di Rimini, Itália, 26 de novembro de 2002] (ver texto integral da Decisão); Decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 378 [Tribunale di Vigevano, Itália, 12 juillet 2000] (ver texto integral da Decisão); Decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 168 [Oberlandesgericht Köln, Alemanha, 21 de maio de 1996] (ver texto integral da Decisão); Decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 106 [Oberster Gerichtshof, Áustria, 10 de novembro de 1994].

<sup>22</sup> U.S. District Court, Eastern District of Pennsylvania, États-Unis, 29 de janeiro de 2010, disponível em Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

<sup>23</sup> CNUDCI ou UNCITRAL, *Précis de jurisprudence* de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Édition 2016.

<sup>24</sup> Oberlandesgericht Hamm, Alemanha, 2 avril 2009, acessível site Internet : [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 867 [Tribunale di Forlì, Itália, 11 de dezembro de 2008], tradução em inglês – disponível no site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 651 [Tribunale di Padova, Itália, 11 de janeiro de 2005] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 904 [Tribunal cantonal du Jura, Suisse, 3 de novembro de 2004] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 746 [Oberlandesgericht Graz, Áustria, 29 juillet 2004] (ver texto integral da decisão); Tribunale di Padova, Itália, 25 février 2004, tradução em inglês – disponível no site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu); Oberlandesgericht Stuttgart, Alemanha, 28 de fevereiro de 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, p. 66; decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 608 [Tribunale di Rimini, Itália, 26 de novembro de 2002] (ver texto integral da decisão); para uma definição análoga, ver decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 930 [Tribunal cantonal du Valais, Suisse, 23 de maio de 2006]; decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 106 [Oberster Gerichtshof, Áustria, 10 de novembro de 1994] (ver texto integral da decisão); para uma decisão de justiça indicando que o termo "estabelecimento" exige que as partes desenvolvam "efetivamente" suas atividades a partir deste local, ver decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemanha, 13 de abril de 2000], acessível também na Internet, no site: [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

<sup>25</sup> Cour d'arbitrage de la CCI, France, sentença arbitral n° 9781, tradução em inglês – disponível no site Internet: [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

de determinada duração” (nota de rodapé nº 13)<sup>26</sup>. Uma outra jurisdição enunciou simplesmente que “[o] estabelecimento no sentido dos artigos 1 e 10 da CISG é o estabelecimento efetivo» (nota de rodapé nº 14)<sup>27</sup>. Uma jurisdição considerou que o local onde as mercadorias estejam simplesmente estocadas não constitui um “estabelecimento” no sentido da Convenção (nota de rodapé nº 15)<sup>28</sup>. O mesmo ocorre em relação a um estande de feira (nota de rodapé nº 16)<sup>29</sup>. Segundo um tribunal arbitral, “[o] simples local de conclusão de um contrato não constitui um estabelecimento, da mesma forma que não constitui estabelecimento, o local onde as negociações foram entabuladas” (nota de rodapé nº 17)<sup>30</sup>. Uma outra jurisdição concluiu que um escritório de representação não pode ser considerado como um “estabelecimento” no sentido da Convenção (nota de rodapé nº 18)<sup>31</sup>.

A construção do conceito de estabelecimento pode também compreender a relação entre empresa e Estado. Como se lê em Oviedo Alban, citado por AGUIAR Jr., referindo-se à definição da Alemanha, quando se discutia a Convenção de Haia: “há estabelecimento onde está situado o centro da atividade empresarial dirigindo a participação no comércio, de modo que se estabeleça uma vinculação adequada entre a empresa e o Estado em que opera, como tal caracterizado por um efetivo poder autônomo”<sup>32</sup>.

No Brasil, temos a definição de estabelecimento prevista no art. 1.142 do Código Civil: « é o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresaria ». A definição é muito simples e se fundamenta em um critério de organização econômica, tal como a definição de empresa e também a de empresário, no direito brasileiro, não se concedendo destaque especial a determinado local ou exigência de inscrição em registro apropriado.

A segunda condição de aplicabilidade é tratar-se de compra e venda internacional de mercadorias.

Como visto, a internacionalidade do contrato é determinada pelo estabelecimento das partes contratantes em Estados distintos. Também aqui a Convenção não define o que seja o “contrato de compra e venda” e não define o que seja “mercadorias”. Isto por razões óbvias; os contratos são qualificados normalmente pela *lex fori*, e as mercadorias podem abranger uma gama de frutos e de produtos já conhecidos e ainda por conhecer.

Uma lista de exclusão permite afastar a aplicação da Convenção a contratos versando sobre determinados produtos; outra lista exclui os contratos ou as relações jurídicas não

<sup>26</sup> Tribunal cantonal du Valais, Suisse, 19 de agosto de 2003, tradução em inglês – disponível no site Internet: www.cisg.law.pace.edu.

<sup>27</sup> Decisão do *Recueil de jurisprudence* sob nº 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemanha, 13 de abril de 2000] (ver texto integral da decisão).

<sup>28</sup> Decisão do *Recueil de jurisprudence* sob nº 930 [Tribunal cantonal du Valais, Suisse, 23 de maio de 2006] (ver texto integral da decisão).

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Cour d'arbitrage de la CCI, France, sentence arbitrale nº 9781, disponível no site Internet: www.cisg.law.pace.edu.

<sup>31</sup> Ver decisão do *Recueil de jurisprudence* sob nº 158 [Cour d'appel de Paris, France, 22 avril 1992].

<sup>32</sup> OVIEDO ALBAN, JORGE. Derecho uniforme del comercio internacional: los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. *Derecho Comercial y de las Obligaciones*: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Buenos Aires, v. 36, n. 200/204, p. 688, nota 94, jan. 2003. Citado por AGUIAR JR., RUY ROSADO DE. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) – 1980. *RULB*, Ano 2 (2016), no 2, p. 1407-1437. Esp. p. 1412.

sujeitos à sua aplicação (artigo 2 CISG):

#### «Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

- (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;
- (b) em hasta pública;
- (c) em execução judicial;
- (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;
- (f) de eletricidade.»

Assim, são excluídos do campo de aplicação da Convenção, os contratos que tenham por objeto mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor desconhecia esta destinação. Normalmente este tipo de vendas são consideradas como sendo relações de consumo, com regime jurídico próprio. Também consta do rol de exclusão, as vendas que se revestem de interesse público, como as resultantes de leilão, execução judicial, ou sujeitas a um controle mais rígido pelo Estado, como as vendas de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda.

As demais vendas excluídas se revestem também de caráter especial, sujeitas a legislação que lhes é própria. Mesmo se a Convenção não as exclui expressamente, as vendas que tenham por objeto bens imóveis são excluídas do seu campo de aplicação.

#### *b. Critérios de aplicabilidade expressamente previstos na Convenção de Viena de 1980*

O artigo primeiro define dois critérios – o primeiro, fundado no princípio da reciprocidade, ou de aplicação autônoma ou direta (b.1), e o segundo, derivado do direito internacional privado, ou de aplicação indireta (b.2).

##### b.1. Critério fundado na *reciprocidade*:

Conforme o estabelecido no artigo 1.1.a) CISG, a Convenção de Viena se aplica quando os Estados, nos quais são estabelecidas as partes contratantes, forem Estados Contratantes.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) ratificada e promulgada pelo Brasil<sup>33</sup>, assim como dispositivos específicos da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias<sup>34</sup> organizam o sistema de aprovação, assinatura, ratificação e de adesão ao texto convencional de direito uniforme.

<sup>33</sup> Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

<sup>34</sup> Em suas Disposições Finais, Artigos 89 a 101 CISG.

Atualmente, a Convenção de Viena conta com 91 Estados contratantes<sup>35</sup>, sendo que alguns opuseram reservas previstas no texto convencional, sobretudo quanto à aplicação do direito uniforme por via das regras de direito internacional privado.

O artigo 1.1.a) apresenta o primeiro critério de aplicabilidade: que as partes « sejam estabelecidas em estados contratantes ».

Este critério respalda-se no princípio da reciprocidade e apresenta o problema da *vacatio legis* assim como das reservas.

A alegação de não necessidade de promulgação da convenção internacional para que esta passe a vigorar no direito interno também não procede. Embora a doutrina nacional ainda discuta sobre este assunto, deixando assim pairar dúvidas sobre o tema, visto que os tribunais brasileiros acatam reiteradamente os ensinamentos da doutrina, é preciso lembrar que o velho adágio latino *in claris interpretatio cessat*.

A *vacatio legis*, além de prevista no artigo 99 CISG, pode também ser determinada pelas normas internas de cada Estado que a adota.

No Brasil, via de regra, vigora a norma do artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a nova denominação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.376, de 2010, com as sucessivas reformas: « Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada ». No caso de convenções internacionais, além do Decreto Legislativo que aprova o texto convencional, os tribunais entendem que é necessária a promulgação por meio de Decreto Lei específico, para que o tratado ou convenção internacional passe a vigorar no plano interno, embora nenhuma norma Constitucional assim o preveja. Todavia, pela análise dos incisos VIII e IV do artigo 84 da Constituição Federal é possível extrair-se a base legal que apoia esta necessidade invocada pelos Tribunais, visto que se trata de uma convenção internacional que, uma vez adotada, passa a ter o *status* de lei ordinária<sup>36</sup>.

Como visto numa das decisões referidas na Introdução deste estudo<sup>37</sup>, a exigência de promulgação de convenção internacional para validade no âmbito interno, ainda faz

<sup>35</sup> Fonte : Site Internet : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=X-10&chapter=10&lang=fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=X-10&chapter=10&lang=fr)  
Acesso em 23 de junho de 2019.

<sup>36</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;  
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; »

<sup>37</sup> Ap.Civ. nº 70072362940, julgada em 2017, cit. (vide Introdução deste estudo)

escola, e sobrevive fundada em exemplo que já se torna bem antigo<sup>38</sup>; uma aplicação do adágio *in claris interpretatio cessat* seria suficiente para resolver o dilema, visto a redação clara das alíneas IV e VIII do artigo 84 CF acima referido.

No artigo 99 (2) CISG, a regra de vigência no plano internacional, é de que a Convenção « (...) entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo ».

Visto o caráter de aplicação automática previsto no artigo 1.1.a), e a adoção do sistema de *opting-out* da Convenção, o artigo 6 estabelece a liberdade contratual ao prever a possibilidade das partes excluírem a aplicação da Convenção ou de parte dela<sup>39</sup>, desde que observados os limites previstos no artigo 12; este artigo trata da liberdade de forma, que pode se ver limitada, quando normas imperativas de direito interno em matéria contratual exigirem um instrumento escrito, ou quando os Estados contratantes opuserem reservas neste sentido<sup>40</sup>.

Nos países em que vigora o princípio da liberdade contratual em sua integralidade, abrange a liberdade de escolha do direito aplicável, a liberdade de estabelecer o conteúdo e de estipular as cláusulas do contrato, assim como a escolha da forma a ser celebrado o contrato. No Brasil existe liberdade de forma em matéria de contrato de compra e venda, com exceção daqueles negócios jurídicos que se caracterizam como relação de consumo. A liberdade de forma pode também ser limitada pelo valor do contrato, quando se trata de negócio jurídico tendo por objeto bem imóvel, o que não é o caso aqui analisado<sup>41</sup>.

## b.2. Critério fundado *nas regras do direito internacional privado*:

Conforme estabelecido no artigo 1.1.b) CISG, a Convenção de Viena se aplica, «quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante».

<sup>38</sup> O Supremo Tribunal Federal negou *exequatur* à carta rogatória (de caráter executório), pelo motivo de não ter sido ainda promulgado, o Protocolo sobre Medidas Cautelares, embora o instrumento de ratificação já tivesse sido depositado. Processo CR 8279 AT, Julgamento em 4 de Maio de 1998 e publicação no DJ DATA-14-05-98 P00034 – Relator Min. PRESIDENTE. Conforme se lê na ementa do acórdão: « MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da excoerência das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO - ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. »  
Fonte : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162742/carta-rogatoria-cr-8279-at-stf>  
Acesso em 19 de junho de 2019.

A decisão foi mantida pelo Pleno, no Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279, Relator : Ministro Celso de Mello, julgado em 17/06/1998, publicado no DJ 10-08-2000, conforme nota de rodapé nº 9, no Acórdão da Ap. Cível 70072362940, em análise neste estudo.

<sup>39</sup> Artigo 6 CISG : « As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12 ».

<sup>40</sup> Artigo 12 CISG : « Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo ».

<sup>41</sup> A forma especial pode ser convencionada pelas partes em cláusula expressa, conforme dispõe o artigo 220 do Código Civil Brasileiro; a forma especial pode também ser exigida pela lei, como no caso de contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor determinado em lei, sob pena de invalidade (ver artigos 108, 109, 166, IV, e 1227 Código Civil Brasileiro).

Também em relação a esta possibilidade, prevista na alínea b) do artigo 1.1. CISG, resalte-se que este critério foi objeto de reservas por parte de vários Estados Contratantes, como é o caso da China e dos Estados Unidos da América, países com os quais o Brasil mantém importantes relações comerciais.

A utilização do artigo 1.1.b) tem alcance maior que aquele de indicar a aplicação da Convenção de Viena; visto que esta não alcança todas as hipóteses suscetíveis de ocorrerem em um contrato de compra e venda, o recurso ao direito indicado pelas regras de conflito de leis pode ser oportuno em várias ocasiões.

A exclusão de sua aplicação a aspectos relevantes do contrato está prevista nos seus artigos 4 e 5 da própria Convenção:

#### Artigo 4 CISG:

«A presente Convenção rege exclusivamente a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações que esse contrato faz nascer entre o vendedor e o comprador.

Em particular, salvo disposição expressa em contrário da Convenção, esta não concerne:

- a) à validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas, assim como à validade dos usos;
- b) aos efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas».

#### Artigo 5 CISG:

«A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor pela morte ou lesões corporais causadas a quem quer que seja pelas mercadorias».

Estas exclusões devem ser analisadas à luz do direito interno do Estado de um dos contratantes, seja pela sua indicação expressa, seja *ex officio*, pelo juiz ou pelo árbitro. Estas matérias são geralmente objeto de lei de polícia ou de normas imperativas, não ensejando a aplicação de usos e de costumes.

Como ressaltei em trabalhos anteriores<sup>42</sup>, a Convenção de Viena « não designa diretamente o direito aplicável subsidiariamente a estas situações, por intermédio de uma regra de conflito de leis ; trata-se de uma regra de articulação do direito uniforme, segundo a qual ela atribui esta função aos princípios gerais nos quais ela se inspira, e, na ausência destes princípios, à lei aplicável em conformidade com as regras de direito internacional privado do foro».

<sup>42</sup> DE AGUILAR VIEIRA, I., A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias e o direito interno brasileiro: interações possíveis entre sistemas distintos. In: Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann et alii (Orgs.). *Internationaler Rechtsverkehr und Rechtsvereinheitlichung aus deutsch-lusitanischer Perspektive - Comércio Jurídico Internacional e Unificação do Direito na Perspectiva luso-Alemã*. 1 ed. Baden-Baden: Nomos, 2014, v. 1, p. 255-272. Ver também: DE AGUILAR VIEIRA, I., Adesão do Brasil à Convenção de Viena de 1980: Harmonização ou modernização do direito interno da compra e venda? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 13, 2012.

As lacunas externas apresentadas pela Convenção de Viena, são enumeradas nos artigos 4 e 5 citados e, em todas estas hipóteses, o recurso ao sistema de regras de conflito do foro é imediato, embora este método não seja explicitado pelo texto convencional.

Outros tipos de lacunas podem surgir em um contrato de compra e venda, e que mesmo entrando no campo de aplicação material da Convenção, não são reguladas expressamente no texto convencional. Assim como não as regula expressamente, também não as nomeia, exigindo do intérprete que as colmate segundo regras explicitamente previstas na Convenção, sobretudo em seu artigo 7(2):

#### Artigo 7 CISG:

- «(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.
- (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado».

A referência aos princípios gerais nos quais se inspira a Convenção tem por finalidade precisa colmatar as chamadas lacunas internas. Segundo a alínea 2 do artigo 7 CISG, as questões relativas às matérias regidas pela Convenção mas por ela não resolvidas expressamente, deverão ser, primeiramente, regidas ou resolvidas, pelos princípios gerais nos quais elas se inspira e, somente na falta destes, em conformidade com a lei aplicável em virtude das regras do direito internacional privado<sup>43</sup>.

Embora o campo de aplicação da Convenção seja explicitamente delineado no artigo 1º, limitando-se aos dois critérios já analisados, as partes podem, no âmbito da autonomia da vontade, fazer prevalecer o seu direito de designar uma ordem jurídica que lhes convenha, nos limites permitidos pela *lex fori*. Neste caso, a aplicação da Convenção de Viena pode ser vislumbrada, a título de *droit spontané* ou de *lex mercatoria*<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> DE AGUILAR VIEIRA, I., L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil. Op. cit., p. 212.  
<sup>44</sup> DE AGUILAR VIEIRA, I., L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil. Op. cit., p. 212.

## B) Normas do direito interno relativas à lei aplicável ao contrato internacional.

O direito interno de cada país pode ditar normas relativas à lei aplicável ao contrato internacional. Normalmente, o princípio da autonomia da vontade das partes para escolha do direito aplicável prevalece em grande parte de sistemas jurídicos; trata-se de um critério subjetivo (a), e em ausência de manifestação de vontade das partes neste sentido, os critérios objetivos são aplicáveis (b).

### a) O princípio da autonomia da vontade das partes para escolha do direito aplicável

As normas de direito internacional privado são de competência interna. No Brasil, como veremos, as regras de conflito relativas aos contratos internacionais são previstas no artigo 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as sucessivas reformas.

Embora a autonomia da vontade das partes para escolha do direito aplicável às suas relações contratuais não integre expressamente o artigo 9º, fonte de regras de conflito de leis em matéria de obrigações contratuais, o princípio pode ser considerado como integrante do ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Brasileira sobre a Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o acolhe expressamente em seu artigo 2º<sup>45</sup>, assim como a Convenção do México de 1994<sup>46</sup>, que embora ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, foi por ele assinada.

A autonomia da vontade das partes para escolha do direito aplicável é um princípio que compõe a liberdade contratual; a sua qualidade de princípio, dispensa a sua legitimação por uma norma expressamente formulada, sobretudo quando o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos de controle de aplicação do direito estrangeiro, ou de cláusulas de exceção, tais como a ordem pública e a fraude à lei, para afastar um eventual mau uso desta liberdade.

Como destaca Ruy Rosado de Aguiar Jr, «[n]ão se aplica a Convenção, pela via do art. 1.1.b, de acordo com as normas do Direito Internacional Privado, em dois casos: as partes optaram por excluir a Convenção (art. 6º); a outra parte excluiu, por reserva, o art. 1.1.b, como o fizeram os Estados Unidos e a China, que limitaram o uso da Convenção apenas

<sup>45</sup> « Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vi-gência) »

<sup>46</sup> Artigo 9 Convenção do México:

«Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado».

Fonte : <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>

às hipóteses em que os dois Estados sejam contratantes»<sup>47</sup>.

### b) Critérios objetivos previstos na lei brasileira

No Brasil, o artigo 9º da LINDB, disposição relativa ao direito das obrigações contratuais comportando elemento (s) de *estraneidade*, pode levar à aplicação da alínea b) do artigo 1.1. CISG, uma vez que dispõe:

«Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente».

Assim, na ausência de escolha de lei aplicável ao contrato internacional, a *lex loci celebrationem* e a *lex loci executionem*, são os critérios objetivos que serão levados em conta pelo juiz, sobretudo o juiz estatal, visto que os árbitros têm maior liberdade na determinação da lei aplicável, uma vez que não estão obrigatoriamente submetidos às regras de conflito de leis de determinado sistema jurídico.

## 2 - Aplicação da Convenção de Viena como expressão dos usos e costumes do comércio internacional

A aplicação da Convenção de Viena como *lex mercatoria*, ou como expressão dos usos e costumes do comércio internacional não é prevista em nenhuma de suas disposições. O artigo 1º enumera apenas as duas hipóteses de aplicação de suas normas, analisadas na primeira parte deste estudo.

No âmbito da autonomia da vontade para escolha do direito aplicável, as partes podem indicar a sua aplicação a título de *lex mercatoria* ou *droit spontané*, ou integrar as suas disposições diretamente ao contrato.

A aplicação da Convenção de Viena como repositório de usos e práticas do comércio internacional verifica-se facilmente na leitura de várias sentenças ou decisões arbitrais (A). A referência à modalidade de aplicação pelo juiz estatal é mais rara, porém não destituída de interesse e de fundamento legal (B).

<sup>47</sup> AGUIAR JR, RUY ROSADO. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Cisg) – 1980. Cit., p. 1411, citando: GIFFONI, ADRIANA DE OLIVEIRA. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua utilidade no Brasil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 38, n. 116, p. 167-170, out./dez. 1999.

### A) Aplicação, pelo árbitro, da Convenção de Viena, como representativa de usos e costumes do comércio internacional

Os árbitros, no âmbito de liberdade que lhes é conferida pelos diferentes corpos normativos e regulamentares, podem aplicar a Convenção de Viena, independentemente de invocação pelas partes, e eles não hesitam em aplicá-la, como repositório dos usos do comércio internacional<sup>48</sup>; neste sentido, um tribunal arbitral da CCI aplicou a Convenção de Viena a uma série de contratos concluídos em 1979, antes mesmo da sua entrada em vigor pelo motivo de que « *il n'existe aucune meilleure source pour déterminer les usages de commerce prévalant que les termes de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 sur base du fait [...] Ceci étant le cas même si ni le pays du vendeur ni celui de l'acheteur ne sont parties à cette Convention* »<sup>49</sup>.

Os árbitros aplicaram os princípios gerais do direito como fazendo parte da Convenção de Viena na sentença n° 7331 (1994)<sup>50</sup>; na sentença 6281 (1989), os árbitros aplicaram a Convenção como sendo um direito dotado de valores universais, devido ao grande número de Estados contratantes<sup>51</sup>.

Há ainda a sentença n° 9887 (1998), aplicando a Convenção de Viena reconhecendo que esta Convenção reflete a evolução do direito internacional e em particular o direito da compra e venda internacional de mercadorias<sup>52</sup>.

Em outra sentença<sup>53</sup>, o árbitro, referindo-se ao texto do artigo primeiro da Convenção de Viena e do Regulamento CCI, aplicou a Convenção de Viena baseado na sua « *intime conviction* » que a Convenção era aplicável. Esta convicção nasce justamente do fato que a Convenção pode ser invocada na arbitragem internacional como uma “razão escrita”, tendo em vista os usos do comércio internacional por ela consagrados<sup>54</sup>.

No Brasil, a Lei brasileira sobre arbitragem, Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, permite a aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros, tal como preconiza os termos do §2° do seu artigo 2°:

«Art. 2° A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1° Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

<sup>48</sup> DE AGUILAR VIEIRA, I., La Convention de Vienne et l'arbitrage : Perspectives en droit brésilien. In: *Uniform Law Review* (Milano), v. 18, p. 1/November 4, 2-24, 2013.

<sup>49</sup> Sentence CCI n° 5713, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1990, p. 70. Como acentua FRANCO FERRARI, « À cet égard il est utile de mentionner que certaines juridictions arbitrales ont appliqué la Convention même lorsque le contrat se trouvait en dehors du champ d'application temporel de la Convention ». F. Ferrari, *Contrat de vente internationale*, 1<sup>re</sup> éd., cit., p. 83.

<sup>50</sup> *Bulletin de la Cour d'Arbitrage de la CCI*, 1995, p. 73. *J.D.I.* 1995, p. 1001-1009 (note D. HASCHER). Comm. de A. MOURRE. Application of Vienna International Sales Convention in Arbitration, *Bulletin de la CCI*, vol. 17, N° 1, 2006, p. 43-50. Esp. P. 49.

<sup>51</sup> *The Hague Kluwer Law International*, 1997, p. 409. *J.D.I.* 1991, p. 1054 (note D. HASCHER). Comm. A. MOURRE, « Application of the Vienna International Sales Convention in Arbitration », cit., p. 49.

<sup>52</sup> Voir *Bulletin de la Cour d'Arbitrage de la CCI*, Volume 11- N° 2, p. 109-110. Comm. A. Mourre, « Application of the Vienna International Sales Convention in Arbitration », cit., p. 49.

<sup>53</sup> Sentença CCI n° 7153, proferida em 1992. *J.D.I.* 1992, p.1006, obs. D. Hascher. Citados por P. MAYER, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*. Paris : Dalloz, 1994, p. 275-291.

<sup>54</sup> Como ilustra P. MAYER, « Dans ce cas, les arbitres jouissent d'une liberté telle qu'ils n'hésitent pas à invoquer une convention internationale en dehors de son domaine spatial ou même avant qu'elle ne soit en vigueur ». P. MAYER, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », cit., p. 289.

§ 2° Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3° A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei n° 13.129, de 2015) (Vigência) ».

Assim, de acordo com o § 2° deste artigo, é possível, no Brasil, a aplicação da Convenção de Viena, como representativa de usos e costumes do comércio internacional, a litígios decorrentes de contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

### B) Aplicação, pelo juiz estatal, da Convenção de Viena, como representativa de usos e costumes do comércio internacional

O juiz estatal, na apreciação de relações jurídicas com conexão internacional, ao contrário do árbitro, tem a sua liberdade limitada pelas regras de conflito de leis.

Todavia, caso as partes indiquem o direito aplicável às suas relações contratuais, no âmbito da autonomia da vontade, o juiz deve acatar esta indicação. Não existe nenhuma norma proibitiva, desde que não configure fraude à lei e desde que os princípios previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sejam observados: o direito indicado não deve atentar contra a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, como preconiza o artigo Art. 17 da LINDB:

« As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes ».

No Brasil, a possibilidade de aplicação da Convenção de Viena pelo juiz estatal, como representativa de usos e costumes do comércio internacional, pode ser encontrada na legislação, que autoriza a utilização do direito comparado, e também a título de tradição.

A tradição jurídica no Brasil é a da utilização recorrente do direito comparado nas decisões sobretudo de direito privado, como também de direito constitucional e administrativo.

Esta tradição vem de longa data. Inspirando-se do direito estrangeiro desde os tempos do Brasil-colônia, a utilização do Direito comparado constitui uma prática constante dos Tribunais brasileiros, que se referem com naturalidade à doutrina e à jurisprudência estrangeiras e, mesmo se com menos frequência, a normas constantes de outros ordenamentos jurídicos ou de convenções internacionais.

Com efeito, a tradição de utilização do direito estrangeiro no Brasil data das Ordenações Filipinas, que haviam, desde o Século XVII, permitido a aplicação subsidiária do direito romano “conforme a boa razão”.

No Século XVIII, a expressão “nações civilizadas”, utilizada na redação da Lei de 18 de agosto de 1769, também denominada Lei da Boa Razão<sup>55</sup> amplia consideravelmente o antigo conceito de “boa razão”, ao ponto de a doutrina brasileira se formar « apoiada na ideia de que as fontes do direito estrangeiro são mais adiantadas e modernas, e podem ser aplicadas para preencher lacunas do direito nacional »<sup>56</sup>.

Estes ditames continuaram a florescer no Brasil, com a criação das faculdades de direito em 11 de agosto de 1827, em Olinda e em São Paulo, em que ficou estabelecido em seus primeiros estatutos adotados, que o ensino deveria se fazer « *avec l'étude de la jurisprudence analogue à celle des nations civilisées* »<sup>57</sup>.

Ainda nos tempos do Império, o comparatismo jurídico se torna obrigatório, com a reforma do ensino promovida pelo decreto 7.247, de 19 de abril de 1879, que prescrevia expressamente em seu artigo 23, parágrafo 3 : « *O estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação nacional com aquela dos povos cultos* ». Outro decreto importante da época do Império é o decreto 9360, de 17 de janeiro de 1886, que criava a cadeira de direito comparado<sup>58</sup>.

Trata-se de ampliação dos ditames da Lei da Boa Razão, que permaneceu com o processo de codificação do Direito Brasileiro, em que o de preenchimento de lacunas com a utilização de usos, de costumes e de princípios gerais de direito é autorizado, por exemplo, em várias disposições do Código Comercial de 1850 (nos artigos 750 e 620, ainda em vigor, e nos já revogados artigos 129, 201, 291, 424) ; e em várias disposições do Código Civil atual (como por exemplo os artigos 111 e 113, para os negócios jurídicos em geral e em vários dispositivos relativos a vários tipos de contrato especial : arts. 445, § 2º, 569, I, 628, Parágrafo único, 658, Parágrafo único, 695, 699, 700, 701, 724, etc...).

A Introdução ao primeiro Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, preconizava em seu artigo 7º: «Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito»

Esta Introdução foi modificada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução do Código civil, que preconizava no artigo 4º: «Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito».

Este artigo foi mantido na íntegra até os dias atuais, mesmo com a reforma de 2010, que modificou o nome da Lei, que passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, e com a re-

<sup>55</sup> A expressão “Lei da Boa Razão” foi utilizada em 1824 pelo jurista português José Homem Corrêa Telles na sua obra *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1ª edição de 1824. (edição de 1865).

<sup>56</sup> Alan Wruck Garcia Rangel, “Lei da Boa Razão e comparatismo jurídico na doutrina civilista brasileira de 1850 a 1880”, A função modernizadora do Direito comparado. 250 anos da Lei da Boa Razão, sob organização de Cláudia Lima Marques e Gustavo Cerqueira, Editora Revista dos Tribunais, 2019 (no prelo).

<sup>57</sup> Haroldo Valladao. L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil : XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> Siècles. In : «*évolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*», Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris : L.G.D.J. 1971, p. 311-321.

<sup>58</sup> Haroldo Valladao. L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil : XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> Siècles. Cit., p. 312.

forma de 2018, que introduziu novos artigos à antiga Lei de Introdução, Lei 13.655/2018, de 25 de abril de 2018.

De *lege ferenda*, a aplicação de «normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral», é autorizada pela Convenção do México de 1994, em seu artigo 10<sup>59</sup>, visando assegurar a justiça e a equidade no caso concreto, desde que não firmam as disposições imperativas do foro, tal como preconiza o seu artigo 11<sup>60</sup>.

A primeira análise das três primeiras decisões aplicando a Convenção de Viena pelos Tribunais brasileiros revela esta tendência quase automática para aplicação do direito estrangeiro. Fruto do ensino ministrado nas Faculdades de Direito, o direito comparado é utilizado espontaneamente pelo juiz nacional. Esta constatação será apreciada a seguir.

### III – Comentário às decisões aplicando a Convenção de Viena de 1980 no Brasil

O objetivo principal da Convenção de Viena é, tal como estabelecido em seu Preâmbulo, o de contribuir para “a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais e favorecer o desenvolvimento do comércio internacional”. Este objetivo é buscado por meio da tentativa de uniformização das normas destinadas às operações comerciais e por meio da difusão de decisões aplicando o texto de direito uniforme.

A difusão das decisões aplicando os textos de direito uniforme contribui para o sucesso do processo de uniformização do direito da compra e venda, na medida em que os operadores tomam consciência desta jurisprudência e evitam aplicar o direito uniforme sob a ótica das concepções nacionais. O caráter internacional do contrato deve ser levado em conta, em conformidade com a regra de interpretação enunciada pelo artigo 7(1) CISG<sup>61</sup>.

As condições e os critérios de aplicabilidade previstos na Convenção de Viena, por sua vez, têm como objetivo delimitar o campo de aplicação material do direito uniforme, estabelecendo como condição essencial de sua aplicação a internacionalidade do contrato, fundada no estabelecimento das partes em Estados distintos.

Ora, as três primeiras aplicações da Convenção de Viena aqui analisadas foram preferidas antes da adesão do Brasil a este importante instrumento de direito uniforme, e entre partes estabelecidas no Brasil, ferindo assim tanto as condições de aplicabilidade quanto

<sup>59</sup> Artigo 10 da Convenção do México:

Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

<sup>60</sup> Artigo 11 da Convenção do México:

Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quanto revestirem caráter imperativo. Ficará à discrição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos

Fonte : <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>

Acesso em 10 de maio de 2019.

<sup>61</sup> DE AGUILAR VIEIRA, I. L'aplicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil. Cit., p.30.

os critérios de aplicação previstos no *caput* do artigo primeiro, e em suas alíneas.

Como relatado na Introdução deste estudo, a primeira dessas decisões, proferida pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 de maio de 2009, numa Apelação Cível, aplicou os artigos 8-3 e 77 CISG, numa situação de inexecução do contrato celebrado entre partes estabelecidas no Brasil<sup>62</sup>.

Pelas informações apresentadas, o caso *sub judice* não possuía nenhum elemento de *estraneidade* que justificasse o recurso ao direito uniforme da compra e venda. Também o estabelecimento das partes no território nacional impedia a qualificação do contrato como sendo internacional, para fins de aplicação da Convenção de Viena.

Os artigos da CISG, relativos ao comportamento de equidade e de boa-fé na execução do contrato, e a obrigação de minimizar os danos, foram aplicados em conjunto com o Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil<sup>63</sup>, e com os artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro. As normas previstas no ordenamento jurídico nacional eram suficientemente claras e precisas para aplicação direta na resolução do litígio, não tendo o juiz a necessidade de recorrer a normas externas e notoriamente inaplicáveis à espécie.

Nos termos do parágrafo 2 do artigo primeiro da Convenção de Viena, a internacionalidade,

“(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato ».

A norma do parágrafo 2 do artigo primeiro visa proteger a parte contratante contra a parte faltosa, que queira se furtar à aplicação do direito uniforme.

Aquele que alega o caráter nacional da operação para se furtar à aplicação da Convenção de Viena, deve fornecer a prova desta afirmativa, como destaca o *Précis de jurisprudence*<sup>64</sup>, citando uma decisão do Tribunal de Vigevano, proferida no ano 2000: “*Ainsi, la Convention protège les parties qui se fient au caractère apparemment interne de l’opération.*”

62 TJRS – Apelação Cível nº 70025609579, julgada em 20 de maio de 2009 e publicada em 27 de maio de 2000 – Site Internet : <http://www.tjrs.jus.br>  
Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1179, disponível em:  
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 4.

Site Internet : [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1179\\_leg-2709.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1179_leg-2709.html)  
Acesso em 19 de junho de 2019.

63 III Jornada de Direito Civil, realizadas no período de 1 a 3 de dezembro de 2004.  
Enunciados publicados em 08/12/2004.

Enunciado 169: «Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo».

Site Internet : <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>

Acesso em 19 de junho de 2019.

64 CNUDCI ou UNCITRAL, *Précis de Jurisprudence*, p. 5, citando uma decisão do *Recueil de jurisprudence* sob nº 378 [Tribunale di Vigevano, Italie, 12 juillet 2000] (ver o texto integral da decisão).

*La partie qui affirme que la Convention ne s’applique pas parce que le caractère international du contrat n’était pas manifeste doit fournir la preuve de cette affirmation”.*

A segunda decisão foi proferida na Apelação Cível, pela 4ª Câmara de Direito Privado da Corte de Apelação do Estado de São Paulo, em 24 de abril de 2008. A sentença, relativa à inexecução de contrato celebrado entre duas partes brasileiras, fundamentou-se no artigo 72 CISG, relativo a *exceptio non adimpleti contractus*.

Também aqui, não ficou caracterizada a internacionalidade do contrato e o mais interessante é que o Código Civil Brasileiro regula esta matéria nos artigos 476 e 477, de forma bem clara e precisa, tendo a jurisprudência nacional enfrentado o tema de forma reiterada.

Além de não atender às condições e aos critérios de aplicação da Convenção de Viena, o contrato versava sobre compra e venda de bem imóvel a construir, não entregue no prazo indicado no contrato<sup>65</sup>. A compra e venda de bens imóveis recebe tratamento específico no direito nacional, não lhe sendo aplicável em nenhuma hipótese, as regras previstas no direito uniforme.

A terceira decisão também foi proferida pela Corte de Apelação do Estado de São Paulo, em 3 de julho de 2007, pela 16ª Câmara de Direito Privado. A sentença aplicou o artigo 77 CISG em conjunto com o Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil, assim como os artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro<sup>66</sup>. Segundo a decisão do Tribunal, a parte que invoca a contravenção ao contrato deve limitar as perdas resultantes desta contravenção. A ausência de cobrança das penalidades contratuais durante o período de um ano após a contravenção ao contrato, havia conduzido os compradores a considerar que a cláusula não estava em vigor; o Tribunal invocou o artigo 77 CISG, o Enunciado 169, e os artigos 87 e 422 do Código Civil e considerou que a apelante faltou à sua obrigação, liberando portanto os intimados da obrigação de pagar as penalidades contratuais, e julgando a sentença apelada parcialmente procedente. Além de lembrar às partes que, em conformidade com os artigos 187 e 422 CC toda relação contratual deveria ser eivada dos princípios de boa fé e de equidade.

Nesta decisão, a referência à Convenção de Viena é irrelevante; o contrato não entra no campo de aplicação da Convenção por se tratar de uma relação contratual interna,

65 TJSP – Apelação Cível nº 379.981-4/0, julgada em 24 de abril de 2008 e publicada em 21 de maio de 2008.  
Site Internet : [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1180, disponível em:

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 5.

Site Internet : [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1180\\_leg-2708.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1180_leg-2708.html)

Acesso em 19 de junho de 2019.

66 TJSP, Apelação Cível nº 1.170.013-1, julgada em 3 de julho de 2007 e publicada em 27 de julho de 2007.

Site Internet : [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Publicada no Sistema CLOUT-UNCITRAL, decisão nº 1180, disponível em:

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/122, p. 5-6.

Site Internet : [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1181\\_leg-2707.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1181_leg-2707.html)

Acesso em 19 de junho de 2019.

mesmo se o seu objeto – compra de carburante – possa ser objeto de um contrato regido pelo direito uniforme.

O teor destas três primeiras decisões sugere que se trata de uma aplicação incidental de dispositivos da Convenção, a título de direito comparado, mesmo se assim não o declara expressamente o julgador. Todavia, é preciso que não se confundam as duas noções: o direito comparado pode auxiliar na construção do direito uniforme, mas o direito uniforme exige uma aplicação autônoma e uniforme. Também não se confunde com o direito internacional privado, embora dele faça parte. Trata-se de disciplinas diferentes, interligadas e que se auxiliam mutuamente.

As quatro decisões que serão analisadas a seguir, foram proferidas após a adesão do Brasil à Convenção de Viena. Três decisões foram proferidas pela 12ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e uma quarta decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A primeira destas decisões, prolatada no âmbito de um Agravo de Instrumento, faz referência expressa à Convenção de Viena de 1980, sem, no entanto, aplicá-la diretamente. Como se trata de recurso com efeito devolutivo, o juiz de segunda instância não decide sobre o mérito. Todavia, o Tribunal recomendou ao juiz de primeira instância, a aplicação da Convenção de Viena, como parte integrante do direito brasileiro, desde que se complete o «seu rito de incorporação» e, eventualmente, do direito interno da Venezuela, Estado onde domiciliada uma das partes do contrato<sup>67</sup>.

Nada de excepcional nesta decisão, afora o fato da recomendação do direito a ser aplicável possa parecer uma intervenção do Tribunal na esfera de decisão do juiz de primeira instância, sobretudo quando ainda incompleto o processo de incorporação do direito uniforme ao direito nacional.

A segunda decisão, prolatada no âmbito de uma Apelação Cível, faz referência expressa à CISG, e a aplica, com base no «princípio da proximidade», e a título de « expressão máxima da praxe do comércio internacional».

O julgamento do mérito nega provimento à arguição de nulidade do contrato, pois «em absoluta desconformidade com o dever máximo de boa-fé nas relações negociais do comércio internacional que o artigo 7(1) CISG espelha».

O Tribunal fundamenta-se nos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional, notadamente no artigo 3.3.1., estes a título de norma principal, para manter a sentença recorrida e a condenação da ré, empresa vendedora, à restituição do

<sup>67</sup> TJRS - Acórdão N° 70065345423 (N° CNJ : 0219920-44.2015.8.21.7000) 2015/Cível. Julgado em 10 de setembro de 2015, publicado no Diário da Justiça do dia 14/09/2015. Acórdão publicado no Site Internet: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232658115/agravo-de-instrumento-ai-70065345423-rs/inteiro-teor-232658133> Acesso em 10 de maio de 2019.

valor recebido em duplicidade<sup>68</sup>.

Como visto na primeira parte deste estudo, é possível sim a aplicação pelo juiz estatal, de usos e costumes, assim como de princípios gerais de direito, sobretudo no âmbito de aplicação da Convenção do México, que ainda não foi ratificada pelo Brasil.

Normas de direito interno previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – artigo 4º e 5º, o juiz encontra fundamento legal para aplicação do direito uniforme como expressão da prática comercial internacional.

Neste julgamento o Tribunal se apoia no artigo 113 do Código Civil Brasileiro, como justificativa legal para aplicação do direito uniforme na qualidade de *expressão máxima da praxe do comércio internacional*. A decisão também se fundamenta em doutrina nacional, não fazendo, todavia, recurso à jurisprudência aplicando a Convenção de Viena, ferindo assim o previsto no artigo 7(1) CISG, que é a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, a fim de assegurar o respeito da boa fé no comércio internacional.

Sem entrar no mérito da questão afrontada pelo julgador, também para esta o problema aventado – restituição de pagamento em dobro – normas de direito interno poderiam também serem aplicadas, sobretudo aquelas relativas ao pagamento indevido e ao enriquecimento sem causa.

Os pressupostos de boa fé nas relações e a proibição do *venire contra factum proprio*, também encontram guarida no direito civil interno.

A ausência de dados elementares relativos à formação do contrato, à identificação do proponente e do local de conclusão do contrato impedem a identificação pelo juiz do direito aplicável ao caso.

A terceira decisão, também prolatada no âmbito de uma Apelação Cível, faz referência expressa à CISG, aplicando-a, com base no princípio da proximidade, e a título de « regramento costumeiro das relações comerciais internacionais ». A decisão de mérito aplica a CISG – artigos 47(1), 49(1)(b) e 81(2), e os Princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional, notadamente o artigo 1.2., estes a título de complementaridade e em qualidade de « nova *lex mercatoria* », para manter a sentença recorrida que havia declarado a rescisão do contrato e a restituição do valor recebido pelo vendedor<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> TJRS - Acórdão N° 70072090608 (N° CNJ: 0419254-25.2016.8.21.7000) 2016/Cível. Julgado em 30 de março de 2016. Publicado no Site Internet: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2819.pdf> -

Publicado também no Sistema CLOUT-UNCITRAL (Decisão n° 1714): A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/185, p. 9: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1714\\_300317.html?lng=fr](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1714_300317.html?lng=fr)

<sup>69</sup> Acesso em 10 de maio de 2019. TJRS – Acórdão N° 70072326940 (N° CNJ: 0000409-73.2017.8.21.7000) 2017/Cível. Julgado em 14 de fevereiro de 2017. Publicado no Sistema CLOUT-UNCITRAL (Decisão n° 1733): A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/188, p. 3 [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout\\_case\\_1733\\_140217.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1733_140217.html) Acesso em 10 de maio de 2019.

Sem entrar no mérito do julgado relativo às obrigações das partes contratantes, é preciso ressaltar que, dos termos do acórdão analisado não fica clara a data de cumprimento das obrigações pelo vendedor – entrega das mercadorias no Porto de Hong-Kong. Este detalhe é importante pois, estimou-se que as tentativas do comprador em face do vendedor para obter informações sobre a data da entrega das mercadorias equivalem à concessão de prazo suplementar para cumprimento da obrigação pelo vendedor. Neste caso, no decorrer do prazo suplementar, não poderia o comprador declarar o contrato resolvido nos termos do artigo 47(1) CISG, e requerer a devolução das quantias pagas. De acordo com o artigo 49 (2), alínea ii, o comprador somente poderia declarar o contrato resolvido “após a expiração de qualquer prazo suplementar concedido pelo comprador ao vendedor, em conformidade com o artigo 47(1) ou após ter o vendedor declarado que não executaria suas obrigações neste prazo suplementar”.

No sistema da Convenção de Viena, as obrigações das partes contratantes são interconectadas com os respectivos remédios colocados à disposição das partes para as hipóteses de inexecução, de execução defeituosa ou de dificuldades na execução. Etapas sucessivas que devem ser observadas tanto pelas partes contratantes quanto pelos julgadores, sob pena de não aplicação correta do direito uniforme.

Uma quarta decisão aplicando a Convenção de Viena reteve a nossa atenção. Prolatada

Recentemente pela Primeira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em uma Apelação Cível interposta por partes estabelecidas no Brasil, a decisão reformou a sentença de primeiro grau para qualificar o contrato como sendo de compra e venda internacional de mercadorias, celebrado entre empresa brasileira e empresa estabelecida na Alemanha, por encomenda de terceira pessoa que não compõe a lide.

Neste julgado, a Convenção de Viena foi aplicada<sup>70</sup>, com base no Artigo 11 CISG, no que concerne à liberdade de forma para caracterização da existência do contrato em face dos diferentes documentos apresentados, sobretudo as faturas e notas fiscais<sup>71</sup>.

Uma questão que se apresentou neste contrato foi a de determinar as partes envolvidas na relação contratual, visto as alegações do comprador. Esta questão foi resolvida pela análise dos documentos anexados ao processo – faturas e notas fiscais – diante da dificuldade de identificar a forma e o momento de celebração do contrato.

Como nos esclarece o *Précis de Jurisprudence*<sup>72</sup>, “Quando um contrato de compra e venda

<sup>70</sup> TJSC – Apelação Cível N° AC 0305428-39.2014.8.24.0038 Joinville 0305428-39.2014.8.24.0038 – Julgamento em 9 de maio de 2019.

<sup>71</sup> Trecho da Ementa do Acórdão encontra-se relatado na Introdução deste estudo.

(TJ-SC – AC : 03054283920148240038 Joinville 0305428-39.2014.8.24.0038, Relator: Luiz Zanelato, data de julgamento: 09/05/2019, Primeira Câmara de Direito comercial)

Fonte : site Internet: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707072480/apelacao-civel-ac3054283920148240038-joinville-0305428-3920148240038> Acesso em 19 de junho de 2019.

<sup>72</sup> CNUDCI ou UNCITRAL. *Précis de Jurisprudence*, 2016, cit., p. 5. Tradução livre pela autora desta contribuição.

de mercadorias é concluído por meio de um intermediário, é indispensável determinar quais são as partes do contrato, a fim de poder determinar se o contrato é internacional. Uma vez que a questão de saber quem é parte no contrato não é uma questão tratada pela Convenção de Viena<sup>73</sup>, é preciso buscar a resposta no direito aplicável em virtude das regras do direito internacional privado do foro. Os estabelecimentos das partes, determinados desta maneira, serão aqueles levados em consideração para decidir se o contrato é internacional”.

Neste sentido, o *Précis de jurisprudence* nos informa sobre uma série de decisões relativas à representação e às questões conexas que não são resolvidas pela Convenção de Viena<sup>74</sup>.

## IV – Conclusões

Para concluir estes comentários, seria interessante ainda lembrar que atualmente a Convenção de Viena encontra-se devidamente incorporada ao direito interno brasileiro, com possibilidade de aplicação plena do direito uniforme a relações internacionais comportando empresas estabelecidas no Brasil ou particulares, nele residentes, com exceção das relações de consumo e demais circunstâncias previstas no texto convencional.

Recomenda-se aos juízes e árbitros uma consulta prévia aos repertórios de jurisprudência publicados sobretudo no site da CNUDCI ou UNCITRAL, assim como ao estado de ratificações e de adesões aos textos de direito uniforme adotados no âmbito desta organização internacional.

Uma aplicação correta e uniforme da Convenção exige esta consulta e uma análise constante da jurisprudência, buscando atender aos objetivos deste importante instrumento de uniformização do direito da compra e venda internacional de mercadorias.

<sup>73</sup> Cour populaire suprême, République populaire de Chine, 30 de junho de 2014 (*ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH c. Sino-chem International (Overseas) Pte Ltd*), (2013) *Min Si Zhong Zi* n° 35, julgamento civil, disponível no site Internet : [www.court.gov.cn](http://www.court.gov.cn); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence*, sob n° 378 [Tribunale di Vigevano, Italie, 12 de julho de 2000] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 189 [Oberster Gerichtshof, Autriche, 20 de março de 1997] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 335 [Appellationsgericht Tessin, Suisse, 12 de fevereiro de 1996], também publicado em *Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationales Recht*, 1996, p. 135 e segts.; decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 334 [Obergericht des Kantons Thurgau, Suisse, 19 décembre 1995]; Landgericht Kassel, Allemagne, 22 de junho de 1995, Unilex; decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 410 [Amtsgericht Alsfeld, Allemagne, 12 de maio de 1995], também publicado em *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report* 1996, p. 120 e segts.; decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 80 [Kammergericht Berlin, Allemagne, 24 de janeiro de 1994] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 95 [Zivilgericht Basel-Stadt, Suisse, 21 de dezembro de 1992] (ver texto integral da decisão); decisão publicada no *Recueil de jurisprudence* sob n° 5 [Landgericht Hamburg, Allemagne, 26 de setembro de 1990].

<sup>74</sup> Ver Oberlandesgericht Köln, Allemagne, 13 de novembro de 2000, disponível no site Internet : [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

# El impacto de la CVIM en el derecho contractual brasileño

Lauro Gama Jr.<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. 1. La CVIM, modelo ecléctico y fuente de inspiración de la reforma legislativa. 2. La CVIM en el Brasil. 3. Objetivos del presente artículo. II. El deber de limitar perjuicios propios. II. El deber de limitar los perjuicios propios. 1. La limitación de los perjuicios como principio general. 2. La limitación de los propios perjuicios en la CVIM. 3. La limitación de los daños en derecho brasileño. III. Incumplimiento esencial. 1. El incumplimiento esencial en la CVIM. 2. La teoría brasileña de la «jabuticaba». IV. Incumplimiento previsible del contrato. 1. El incumplimiento previsible en la CVIM. 2. Un recurso ampliado fundado en el incumplimiento anticipado originario de la CVIM. V. Una regla ampliada de la interpretación del contrato. VI. El impacto de la CVIM (en calidad de soft law) en el Brasil. VII. Perspectivas para la CVIM en el Brasil. 1. Jurisprudencia reciente. 2. Principio de razonabilidad (reasonableness). 3. El derecho de las partes a remediar el incumplimiento de sus obligaciones (right to cure). VIII. Palabras de conclusión.

## I. Introducción

### 1. La CVIM, modelo ecléctico y fuente de inspiración de la reforma legislativa

Mucho se ha hablado del papel de la Convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercaderías («Convención de Viena», «Convención» o «CVIM») como

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio, Brasil), Miembro del Consejo Consultivo de la CVIM (CISG-AC). Este artículo es una versión traducida al castellano, a partir de mi presentación en inglés sobre el impacto de la CVIM en el derecho brasileño de contratos, hecha durante la Conferencia «*The CISG as a Model for Harmonization, Convergence and Law Reform*», en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Singapur (National University of Singapore) los días 6 y 7 de enero de 2017. Quiero agradecer al Profesor Gary Bell por haberme invitado a participar en ese prestigioso evento. Igualmente agradezco calurosamente a Karina Riccio y Luisa Knebel, estudiantes de derecho de la PUC-Rio, y a mis colegas del bufete de abogados Lauro Gama Advogados Associados, por su colaboración en este artículo, así como a la profesora Geneviève Saumier (Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad McGill) por sus valiosos comentarios y aportes. Asumo la responsabilidad total, desde luego, de las ideas que se expresan en este artículo.

modelo de armonización, de convergencia y de reforma del derecho<sup>2</sup>. No es necesario subrayar la importancia de la convención como *role model*<sup>3</sup>. Por su papel fundamental en el ámbito jurídico, la CVIM ha inspirado a buen número de países para reformar su derecho interno, por ejemplo los países escandinavos, Estonia, Países Bajos, Alemania, China, Rusia y, más recientemente, Francia. La influencia generalizada de la CVIM probablemente es el resultado inesperado de su adopción de un modelo ecléctico de uniformización del derecho.

Filip De Ly observó ya, a propósito de la CVIM, que constituye un compromiso entre la unidad y la diversidad, siendo prevalente la unidad pero dejando lugar, con todo, a las reglas jurídicas competidoras. En su opinión, este compromiso refleja un modelo ecléctico, ya que la CVIM no constituye un sistema monolítico: desde el comienzo, su objetivo era el de coexistir con otras fuentes del derecho y con la autorregulación privada. La Convención tampoco es un sistema autónomo, sino antes bien un sistema que interactúa y deja lugar a otras reglas de orígenes diferentes. Además, la intención de la CVIM no es llenar todos los vacíos de un contrato de venta internacional, sino dejar algunos sometidos a las leyes nacionales<sup>4</sup>.

## 2. La CVIM en el Brasil

Brasil ha llegado con atraso al sistema de la CVIM, que se puso en vigor en 1988. La Convención se hizo obligatoria en el país tan sólo en 2014. Se aplicó por primera vez tres años más tarde –y dos veces consecutivas– por un tribunal nacional, el Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Rio Grande do Sul<sup>5</sup>.

La aplicación obligatoria de la CVIM en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías que impliquen a partes brasileñas facilitará su estudio por las jóvenes generaciones de estudiantes de derecho que, por demás, tienen una participación cada vez mayor en el Willem C. Vis Moot Arbitration<sup>6</sup>. Por consiguiente cabe esperar que en un futuro próximo haya una influencia cada vez mayor de la Convención en el derecho brasileño de la venta.

Pero en realidad, el impacto de la CVIM en el derecho de contratos brasileño se remonta a mucho antes de su primera aplicación por un tribunal nacional. Desde comienzos de los años 2000 –y en paralelo con la promulgación del Código Civil brasileño de 2002

<sup>2</sup> P. SCHLECHTRIEM, *Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations*, 10 *Jurídica Internacional* (2005) pp. 27-34, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem12.html> (al 19 de marzo de 2019). Los enlaces indicados en el texto pueden haber sido modificados después de haberse terminado este artículo.

<sup>3</sup> Un *role model* es una persona cuyo comportamiento, ejemplo o éxito, es o puede ser imitado por otros, en especial los jóvenes. Me he tomado aquí la libertad de «personalizar» la CVIM con el fin de usar el concepto de manera de expresar su papel inspirador.

<sup>4</sup> F. De Ly, "Sources of International Sales Law: an Eclectic Model", *The Journal of Law and Commerce*, v. 25, número 1, 2005, 1-12, 1-3.

<sup>5</sup> La primera sentencia (Nº 70072362940 del 21 junio 2017) dispuso que un contrato internacional de venta de muslos de pollo congelados debía ser rescindido en virtud de la aplicación conjunta de los artículos 47 (1), 49 (1) (b) y 81 (2) de la CVIM. Igualmente hace referencia a los Principios de UNIDROIT. Véase (al 8 de abril de 2019). Este caso está analizado en él. VL1. En la segunda sentencia (nº 4-25.2016.8.21.7004192500 del 30 de marzo de 2017), el vendedor afirmaba la nulidad de un pago debido a la violación de una norma obligatoria extranjera, y el Tribunal identificó un vacío externo de la CVIM que procedió a colmar mediante la aplicación de los Principios de UNIDROIT. Véase <http://www.unilex.info/case.cfm?id=2042> (al 8 de abril de 2019).

<sup>6</sup> De 2009/2010 a 2018/2019, el número de equipos brasileños participantes en el Willem C. Vis Moot Arbitration pasó de 7 a 32. Véase <https://vismoot.pace.edu/> (al 8 de abril de 2019).

(«Código Civil» o «Código» o «CCB») – nociones tales como «el deber de limitar los daños propios», «el incumplimiento del contrato», una idea un poco peculiar de «incumplimiento esencial» y «la ampliación de las reglas de interpretación contractuales», han venido abriéndose camino en el derecho brasileño. Esta influencia inicial de la CVIM es producto del trabajo de universitarios, jueces y abogados conscientes del papel de la Convención en la modernización del derecho de contratos brasileño.

## 3. Objetivos del presente artículo

En este artículo describo la influencia que la Convención de Viena ha tenido hasta el presente en el derecho brasileño. Sin profundizar en el papel que las competencias internacionales, tales como el Willem C. Vis Arbitration Moot (concurso internacional de arbitraje) puedan tener en el aprendizaje y la divulgación de la CVIM en Brasil, observo que hay un cierto número de nociones de derecho brasileño de contratos que han sido directamente impactadas por la Convención, a saber: (i) el deber de limitar sus propios perjuicios; (ii) la noción (particular) de incumplimiento esencial; (iii) la idea de incumplimiento previsible del contrato y (iv) la ampliación de las reglas de interpretación contractual. Finalmente presentaré otras cuantas problemáticas del derecho brasileño que en el futuro podrían ser impactadas por la CVIM.

## II. El deber de limitar los perjuicios propios

### 1. La limitación de los perjuicios como principio general

La primera y más directa influencia de la CVIM en el derecho de contratos brasileño es, sin duda, el deber –que se le impone a la parte inocente– de limitar sus propios perjuicios.

Mientras que en los países de common law la parte inocente tiene la obligación legal de atenuar sus perjuicios, en numerosos sistemas de derecho civil no se ha definido claramente una obligación semejante<sup>7</sup>. En la práctica del arbitraje, el deber de limitar las pérdidas propias se ha convertido en un principio general del comercio internacional. Lord Mustill hace referencia a ello como «constituyente de la *lex mercatoria* en su forma actual»<sup>9</sup>.

A pesar de la ausencia de enfoque uniforme del deber de minimizar los propios perjuicios en los sistemas de derecho civil, pueden obtenerse resultados similares a los de

<sup>7</sup> Aunque el Código Civil brasileño haya sido puesto en vigencia en 2003, su proyecto inicial se remonta a 1975.

<sup>8</sup> UNIDROIT, Working Group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts, Chapter 6 – *Non-Performance Section 4: Damages and Exemption Clauses (Draft and Comment prepared by Professor Denis Tallon, Centre National de la Recherche Scientifique – Institut de Recherches Comparatives sur les Institutions et le Droit, Paris – Ivry, pursuant to the discussions during the meeting of the Working Group held in Ivry-sur-Seine from 24 to 27 November 1986)* (UNIDROIT 1991 Study L – Doc. 49), p. 27.

En cuanto a ejemplos sobre la obligación de atenuar la pérdida en los sistemas de common law, véase: §2-715 (2) UCC; Restatement of Contracts 2d, s 350; Redpath Industries Ltd. v. Cisco (Canada Federal Court of Appeal 1994) [http://search.cle.bc.ca/clebc-pm-web/considered/viewCase.do?id=11720538\(a](http://search.cle.bc.ca/clebc-pm-web/considered/viewCase.do?id=11720538(a) 8 de abril de 2019); Pialba Commercial Gardens Pty Ltd v Braxco Pty Ltd & Ors (Supreme Court of Queensland 2011) <https://jade.io/article/227649> (al 28 de junio de 2017). V. también art. 7.4.8 PICC y art. 9: 505 PECL.

<sup>9</sup> M. MUSTILL, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years", 4 *Arb. Int'l* (1988), pp. 86-119, 113 disponible en: [https://www.trans-lex.org/126900/\\_/mustill-michael-the-new-lex-mercatoria-the-first-twenty-five-years-arbitl-1988-at-86-et-seq/](https://www.trans-lex.org/126900/_/mustill-michael-the-new-lex-mercatoria-the-first-twenty-five-years-arbitl-1988-at-86-et-seq/) (al 28 de febrero de 2019). Lord Mustill llegó más lejos observando que «la atenuación está simplemente considerada como evidente» (Ibidem, p. 100).

la Common law cuando se rechaza la concesión de perjuicios cuando la pérdida ha sido causada por la actitud imprudente de la parte que no violó el contrato<sup>10</sup>.

## 2. La limitación de los propios perjuicios en la CVIM

El artículo 77 de la CVIM enuncia en los siguientes términos la obligación de minimizar las propias pérdidas:

Artículo 77: La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debería haberse reducido la pérdida.

La obligación de limitar sus pérdidas, que ya se encontraba en el Art. 88 de la ULIS<sup>11</sup> (antecesora de la CVIM), expresaba la idea básica de no poder el demandante recuperar los daños o pérdidas que hubiera podido evitar.

La Convención de Viena –así como otros instrumentos internacionales de derecho uniforme, tales como los Principios de UNIDROIT (Art. 7.4.8) y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (Art. 9:505)– imponen a la parte perjudicada el deber de tomar las medidas razonables destinadas a atenuar las pérdidas propias.

«Limitar sus perjuicios» es una cuestión de hecho antes que de derecho. Puesto que cada litigio es único en cuanto sus circunstancias, el juez o el árbitro debe evaluar si la parte inocente tomó, de buena fe, todas las medidas razonables y adecuadas destinadas a prevenir pérdidas adicionales.

¿Cómo se mide la noción de razonabilidad? ¿Y cuáles son las acciones necesarias para acatarla? En términos generales los jueces y los árbitros estudian si la parte inocente actuó con prudencia, tomó todas las medidas razonables e hizo todo lo posible para mantener en el mínimo los costos de la parte que infringe el contrato<sup>12</sup>.

Esta orientación quedó confirmada, entre otros<sup>13</sup>, por un tribunal suizo que igualmente subrayó que el deber de minimizar las pérdidas propias obliga a la parte perjudicada a tomar medidas positivas a este respecto pero que, a la inversa, tales medidas no deben tomarse cuando producen gastos inútiles:

10 J. GOTANDA EN S. KRÖLL / L. MISTELIS / P. VISCASILLAS, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary, (Verlag C. H. Beck 2011), pp. 1033-4.

11 Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, 1 de julio de 1964 (UNIDROIT, 30 septiembre 2013), disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (al 8 de abril de 2019) (ULIS). El artículo 88 de la ULIS dispone: "La parte que invoque un incumplimiento del contrato debe tomar todas las medidas razonables para atenuar la pérdida resultante del incumplimiento. En caso de omitir adoptar tales medidas, la parte infractora podrá pedir una reducción de los daños".

12 *Idem*. (Nota 11).

13 UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016) 356. Véase también CLOUT, Decisión 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 6 de febrero de 1996], disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout\\_case\\_176\\_leg-1065.html](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_176_leg-1065.html) (al 8 de abril de 2019).

“La demanda reconventional del vendedor debe reducirse en la medida en la que tomó medidas para limitar sus pérdidas (o las que debían tomarse). Dichas medidas incluyen, en especial, la reventa o la reutilización de la máquina vendida, en caso de no haber existido mercado para tal tipo de máquina debido a su carácter único. Además, tales medidas permiten también evitar cualesquiera gastos o costos inútiles”<sup>14</sup>.

Concentrémonos ahora en la forma en la que se introdujo en el derecho general de contratos brasileño la doctrina de la CVIM relativa a la limitación de las pérdidas propias.

## 3. La limitación de los daños en derecho brasileño

El nuevo Código Civil (CCB) entró en vigencia en Brasil el 1 de enero de 2003. Por lo que se refiere al derecho de los contratos, una de las principales innovaciones que introduce el Código es la cláusula general de buena fe. Si bien es cierto que la buena fe objetiva ya existía en la legislación brasileña por medio del Código de Protección del Consumidor de 1990, el nuevo Código Civil amplió este principio a todas las demás relaciones contractuales.

El artículo 422 del CCB dispone:

«Los contratantes tienen la obligación de someterse, tanto en la celebración del contrato como durante su ejecución, a los principios de probidad y de buena fe».

Según la doctrina, la redacción del artículo 422 del Código brasileño coincide con la que inicialmente había sido adoptada por Cambacères para el Código Civil francés, pero que finalmente no fue adoptada dentro del texto final del Código Napoleón<sup>15</sup>.

Antes de 2003 el principio de buena fe objetiva solamente se aplicaba en Brasil en situaciones específicas, por ejemplo en aquellos casos en los que se aplicaba la teoría de la apariencia<sup>16</sup>, o en los contratos de seguros que ya exigían –y siguen exigiendo– la buena fe absoluta de las partes. Con el nuevo Código civil se ha ampliado considerablemente el principio de la buena fe para imponer, en adelante, obligaciones de coherencia, de información y de cooperación entre las partes contratantes.

Apenas dos años después de ponerse en vigor el Código, el Consejo de Justicia Federal del Brasil (CJF) aprobó el texto sobre el alcance del artículo 422 CCB, que dispone:

«Enunciado n° 169 - Art. 422: El principio de buena fe objetiva impone al acreedor la obligación de atenuar sus propias pérdidas<sup>17</sup>».

14 Tribunal de Comercio [Handelsgericht] de Saint-Gall, Suiza, 3 de diciembre de 2002, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

15 E. TOMASEVICIUS FILHO, Good Faith in the Brazilian Civil Code: Ten years later, ISSN 1392-1274. (TEISE 2013), pp. 211-221, disponible en: <http://www.zurnalai.vu.lt/teise/article/viewFile/1604/988>

16 La teoría de la apariencia se utiliza en derecho privado para dar efectos jurídicos a un contrato mediante el cual una de las partes (de buena fe) fue engañada por una apariencia.

17 III Jornada de Direito Civil do CFJ (Brasília, 1 a 3 de diciembre de 2004). Los enunciados aprobados constituyen una indicación para la interpretación del Código Civil brasileño y son conocidos bajo el nombre de «*Reformulation du droit brésilien*». Para más informaciones, véase: III Jornada de Direito Civil, org. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., CFJ, 2005, disponible en: [http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf).

Hasta hace poco, el único caso brasileño relacionado con la Convención de Viena recogido en el CLOUT<sup>18</sup> se refería a la aplicación subsidiaria del artículo 77 CVIM por un tribunal con el fin de reconocer la obligación de minimizar sus pérdidas en un litigio entre dos partes brasileñas.<sup>19</sup> Es importante observar que el caso es del año 2009, o sea, cinco años antes de la adopción de la CVIM en el Brasil.

El demandante había comprado una máquina eléctrica al demandado. Debido a una supuesta falla de funcionamiento, que equivalía a una no conformidad del bien, el comprador demandó al vendedor en Porto Alegre, Estado de Rio Grande do Sul. Reclamaba el reembolso de los costos en que incurrió debido a la reparación infructuosa de la máquina. Además, el comprador exigía el reembolso de los gastos necesarios para la adquisición de otra máquina, así como el lucro cesante resultante de la denuncia del contrato. El vendedor-demandado afirmó que el contrato había sido debidamente cumplido y atribuyó las fallas de funcionamiento de la máquina al comprador, que no habría utilizado los equipos en forma correcta.

El Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Rio Grande do Sul determinó que el comprador había cometido un incumplimiento, porque no había tomado iniciativa inmediata alguna para reemplazar la máquina defectuosa con el fin de continuar su actividad. El Tribunal citó el artículo 77 CVIM, y su disposición equivalente contenida en el enunciado n° 169 del CJF, para afirmar que la parte que pide la resolución de un contrato debe tomar medidas para atenuar sus pérdidas que resulten del incumplimiento alegado. El Tribunal estimó que el demandante no había minimizado sus propias pérdidas, contrariamente a lo que se espera de un hombre de negocios razonable en circunstancias similares, tal como lo determina el Art. 8(3) CVIM<sup>20</sup>.

Poco tiempo después, la obligación de minimizar sus pérdidas llegó al Tribunal Superior de Justicia (STJ) –la más alta instancia judicial brasileña en materia de derecho civil. En 2010 el STJ resolvió, en un asunto que involucraba la venta de un bien inmobiliario entre dos partes domiciliadas en el Brasil, que la inactividad del vendedor durante siete años antes de tomar medidas para desahuciar al comprador, equivalía a una violación de la obligación de atenuar sus propias pérdidas. Por consiguiente, el STJ resolvió restar de la suma debida al vendedor el equivalente de un año de indemnización<sup>21</sup>.

El deber de limitar las propias pérdidas dispuesto en la Convención de Viena, tal como se encuentra incorporado en el derecho brasileño de contratos, queda corroborado por

<sup>18</sup> Jurisprudencia sobre los textos de la CNUDCI: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law.html)

<sup>19</sup> *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 20 de mayo de 2009 (*Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. v. Mercomáquinas Indústria, Comércio e Representações Ltda.*), Jurisprudencia sobre los textos de la CNUDCI [A / CN.9 /SER.C/ABSTRACTS/122] CLOUT abstract N° 1179, reproducido con permiso de la CNUDCI, resumen elaborado por *Marcelo Boff Lorenzen*, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520b5.html>.

<sup>20</sup> *Idem*. (Ver nota 19).

<sup>21</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 758518 / PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.6.2010.

los artículos 422 y 945<sup>22</sup> del Código Civil<sup>23</sup>. Tal principio actualmente se encuentra firmemente arraigado en el derecho brasileño y ejerce su influencia mucho más allá de los contratos de venta internacional de mercaderías.

### III. Incumplimiento esencial

#### 1. El incumplimiento esencial en la CVIM

La noción de incumplimiento esencial es una de las innovaciones aportadas por la Convención de Viena por lo que se refiere a los contratos en general, y a la venta internacional de mercaderías en particular<sup>24</sup>. Se trata aquí también de un concepto clave de la Convención porque constituye una condición previa para la anulación del contrato, según sus artículos 49 (1) (a) y 64 (1) (a)<sup>25</sup>. El artículo 25 de la CVIM estipula:

Artículo 25: El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

El concepto de incumplimiento esencial constituye una limitación importante del derecho de la parte perjudicada a poner fin al contrato internacional de venta. Esto sugiere que los redactores de la CVIM tenían en cuenta una distinción básica entre el incumplimiento esencial y no esencial del contrato. Y tan sólo un incumplimiento esencial daría derecho a la parte perjudicada al recurso último, de resolución del contrato<sup>26</sup>.

El incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor da derecho al comprador a exigir la entrega de mercaderías de reemplazo –Art. 46(2) CVIM–, así como a ejercer otros recursos –Art. 45 CVIM– todo ello a pesar del traslado de los riesgos al comprador (Art. 70 CVIM).

Cuando el incumplimiento del vendedor no es esencial, el comprador no podrá exigir la resolución del contrato, pero podrá reclamar del vendedor la ejecución de sus obligaciones –Art. 46(1)–, fijar al vendedor un plazo adicional –Art. 47–, exigir una reducción del precio de venta –Art. 50–, así como daños y perjuicios –Art. 74 CVIM<sup>27</sup>–.

<sup>22</sup> El Art. 945 CCB estipula: "Si la víctima, por su propia falta, contribuyó al evento perjudicial, la gravedad de su falta frente a la de la persona que causó el perjuicio debe tenerse en cuenta para fijar su indemnización."

<sup>23</sup> Véase también: J. DE PAIVA MUNIZ/ L. A. SALTON PERETTI/J.M. RM DA SILVA, "O Dever de Mitigação de Danos na CISG e a Aplicação do Instituto no Brasil", en: I. SCHWENZER/ C. A. GUIMARÃES PEREIRA / L. TRIPODI (coord.), A CISG e o Brasil, (Marcial Pons 2015), pp. 612-636.

<sup>24</sup> Junto con otras innovaciones, tales como la caracterización de las «ventas» (por oposición a los demás contratos de servicio) (artículo 3); la noción de "bienes conformes" (artículo 35); y la noción de "bienes comerciales" (artículo 42).

<sup>25</sup> L.GRAFFI, *Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention*, reproducido con autorización de la Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal (2003) N° 3, pp. 338-349 (Forum Européen de la Communication) Paris, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html> (al 28 de julio de 2017).

<sup>26</sup> Fuera de un incumplimiento esencial, un contrato regido por la CVIM solamente puede rescindirse en caso (i) de falta de entrega de las mercaderías por el vendedor, (ii) de falta de pago del precio o falta de recepción de las mercaderías por el comprador, o también (iii) no ejecución del contrato por una parte dentro de un plazo razonable fijado por la parte perjudicada. Véase Art. 49(1)(b) y art. 63(1)(b) CVIM.

<sup>27</sup> L. GRAFFI (nota 25).

El artículo 25 CVIM no proporciona directivas claras para distinguir un incumplimiento esencial de un incumplimiento no esencial.

Esta disposición ha sido criticada por ser «vaga y ambigua»<sup>28</sup>, ya que no da una definición clara de lo que es el incumplimiento esencial<sup>29</sup>. Por consiguiente, definir el incumplimiento esencial depende más, en mayor medida, de lo que las partes hayan acordado en su contrato y, por otra parte, de las circunstancias específicas de cada litigio. Igualmente importante, la jurisprudencia de ventas internacionales de mercaderías proporciona indicaciones en cuanto a la calificación de un incumplimiento esencial en virtud de la CVIM<sup>30</sup>.

Un incumplimiento esencial exige, en primer término, que una parte cometa infracción al contrato. Para ser esencial, la violación tiene que tener determinada índole así como determinada cuantía. La parte afectada debe haber sufrido un perjuicio tal que la despoje sustancialmente de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Por consiguiente el incumplimiento debe cancelar o depreciar esencialmente las expectativas justificadas de la parte perjudicada en cuanto al contrato<sup>31</sup>. La índole justificada de las expectativas de la parte perjudicada depende de las circunstancias de cada contrato y de la distribución de los riesgos que se haya convenido en las disposiciones contractuales, de los usos y de las disposiciones de la Convención de Viena.

Además, un incumplimiento es fundamental tan sólo cuando el despojo sustancial de las expectativas justificadas de la parte perjudicada era razonablemente previsible por la parte infractora<sup>32</sup>. Con todo, el Art. 25 CVIM no menciona el momento en el cual deben haber sido previsibles las consecuencias del incumplimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia sugieren que se trata del momento de la celebración del contrato<sup>33</sup>.

Las situaciones siguientes, entre otras, han sido consideradas como constituyentes de un incumplimiento esencial del contrato en el sentido del Art. 25 CVIM: (i) cuando el deudor no haya cumplido el plazo de ejecución siendo dicho plazo de importancia capital, bien sea porque es contractual, bien sea por las circunstancias evidentes (por ejemplo la entrega de productos de temporada); (ii) cuando las mercaderías no conformes no pueden ser utilizadas o revendidas mediante un esfuerzo razonable; (iii) cuando las mercaderías vendidas son defectuosas y no pueden repararse; (iv) cuando la falta de entrega o la falta de pago son definitivos; y (v) cuando el comprador se niega a abrir una carta de

28 M. J. BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention (CISG) - Alternatives of Complementary Instruments?*, Uniform L. Rev., 1996, p. 28, que afirma que el lenguaje del Art. 25 es "vago y ambiguo"; V. HEUZE, *La vente internationale des marchandises*. Droit uniforme. Paris: GNL Joly, 1992, p. 294, "redacción muy defectuosa".

29 U.G. SCHROETER, en I. SCHWENZER (ed), *Schlechtriem and Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd edn, Oxford University Press 2010, art. 25, pp. 403-404. Para más información sobre este tema, véase: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-25.html>.

30 UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016), p. 114.

31 Por ejemplo, cuando un fabricante está obligado a reservar productos de una cierta marca exclusivamente al comprador, y que las ofrece en venta en una feria (y continúa haciéndolo aún después de advertencia del comprador). Puede considerarse que el fabricante ha cometido un incumplimiento esencial.

32 Véase, por ejemplo, el caso *New Zealand mussels* juzgado en 1995 por la Corte Suprema alemana (disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> (al 28 de julio de 2017)). Véase también: U. G. SCHROETER (nota 29), art. 25, pp. 408-409.

33 U. G. SCHROETER (nota 29), art. 25, p. 414; Véase también CLOUT, Decisión No. 275 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 24 abril 1997] (ver el texto completo de la sentencia).

crédito de conformidad con el contrato<sup>34</sup>.

Queda claro que la expresión incumplimiento esencial debe ser de interpretación restrictiva<sup>35</sup>. Aunque la pérdida económica desempeñe un papel importante en la determinación de la pertinencia del incumplimiento del contrato, la jurisprudencia no tiene muy en cuenta factores distintos de las expectativas justificadas de la parte perjudicada en virtud del contrato o de la previsibilidad del incumplimiento. Habida cuenta de la redacción vaga del artículo 25 CVIM, las pruebas del perjuicio sustancial sufrido por la parte perjudicada desempeñan un papel importante en la definición del incumplimiento esencial: la prueba de la pérdida sufrida, del valor comercial de los bienes vendidos o de la seriedad de la oferta de poner remedio a los defectos, constituyen elementos decisivos para el juez o el árbitro. Todo ello hace que el análisis del incumplimiento esencial esté íntimamente ligado a los hechos y a las circunstancias<sup>36</sup>.

Desde este punto de vista resulta difícil llegar a una noción uniforme de incumplimiento esencial, por lo menos sobre base general.

## 2. La teoría brasileña de la «jabuticaba»

Para comprender cómo la noción de incumplimiento esencial de la CVIM fue acogida en el derecho brasileño de contratos, y en cierta forma transformada, es necesario primero conocer la teoría de la jabuticaba, que debe su nombre al fruto de una planta nativa brasileña<sup>37</sup>.

Una jabuticaba significa una idea innovadora, típicamente brasileña, diferente de las normas internacionales establecidas y generalmente aceptadas. Un hombre de Estado brasileño afirmó alguna vez que «para cada problema complejo existe una solución jabuticaba, con frecuencia incorrecta e inadecuada».

La noción de incumplimiento fundamental de la CVIM fue aceptada en el Brasil, pero de inmediato fue transformada en una noción algo diferente, la de cumplimiento sustancial («adimplemento substancial»): una típica jabuticaba.

Basándose en los principios fundamentales de la buena fe (Art. 422 CCB)<sup>38</sup> y de la función social del contrato (Art. 421 CCB)<sup>39</sup>, la doctrina de los tribunales brasileños ha

34 U. G. SCHROETER (nota 29), art. 25, pp. 409-410, 427-428, 435; Para el incumplimiento fundamental en caso de no entrega y de no pago, véase CLOUT, Decisión No. 90 [Pretura circondariale di Parma, Italia, 24 noviembre de 1989]; CLOUT, Decisión No. 136 [Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de mayo de 1995]; CLOUT, Decisión No. 130 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 14 de enero de 1994]; y CLOUT, Decisión No. 468 [Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, 5 de octubre de 1998]. Para cumplimiento fundamental en caso de rechazo por parte del comprador de abrir una carta de crédito de conformidad con el contrato, véase CLOUT, Decisión No. 631 [Corte Suprema de Queensland, Australia, 17 de noviembre de 2000], citando el caso de la Recopilación de Jurisprudencia No. 187 [Tribunal del Distrito Sur de New York, Estados Unidos, 23 de julio de 1997].

35 Véase a título general: U.G. SCHROETER (nota 29), pp. 402-405. Véase también: Bundesgericht, Suiza, 2 de abril de 2015; y Bundesgericht, Suiza, 18 de mayo de 2009, Internationales Handelsrecht 2010, p. 27.

36 Recopilación de Jurisprudencia de la CNUDCI sobre la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Venta Internacional de Mercaderías (2016), p. 114-115. Véase también: L. GRAFFI, (nota 25).

37 La jabuticaba es una fruta nativa que se encuentra en Brasil - y en principio solamente en Brasil. Para la imagen de un árbol de jabuticaba, véase: <https://i.imgur.com/Z3bbYG2.png>.

38 El Art. 422 CCB dispone: "Las partes contratantes deben cumplir los principios de probidad y de buena fe, tanto en la celebración del contrato como en la ejecución."

39 El Art. 421 CCB dispone: "La libertad de contratar se ejerce en virtud de, y dentro de los límites de, la función social de los contratos."

desarrollado estos últimos años la teoría del cumplimiento sustancial. Esta teoría limita el derecho que tenga una parte a dar por terminado el contrato cuando la violación cometida por la otra se juzga menos importante para la función y la eficacia del contrato en cuestión<sup>40</sup>.

En virtud del art. 475 CCB<sup>41</sup>, cualquier forma de incumplimiento puede llevar a la terminación del contrato, tratándose de una falta menor o de una inejecución de gran envergadura. Sin embargo, según la teoría del cumplimiento sustancial, una inejecución de menor importancia o simplemente formal por parte del deudor no puede permitir al acreedor dar por terminado el contrato sino cuando la función concreta que persiguen las partes ya no puede llenarse.

Dentro de tal espíritu, el CJF aprobó en 2006 el enunciado siguiente:

Enunciado 361: “Artículos 421, 422 y 475 [del CCB] El cumplimiento sustancial se desprende de los principios generales del contrato, de tal manera que se refuerce la función social del contrato y el principio de buena fe que delimita la aplicación del Art. 475.”<sup>42</sup>

La aplicación de la teoría del cumplimiento sustancial está hoy ampliamente difundida en Brasil<sup>43</sup>. El STJ declaró ya que:

“La aplicación de la teoría del cumplimiento sustancial exigirá, en el caso actual, que se llenen los siguientes prerequisites: a) la existencia de expectativas legítimas generadas por el comportamiento de las partes; b) el pago faltante debe ser ínfimo teniendo en cuenta el importe total de la transacción; c) debe ser posible el mantenimiento de la eficacia de la transacción, sin perjudicar el derecho del acreedor a cobrar el importe debido por los medios ordinarios (...)”<sup>44</sup>.

La teoría del cumplimiento trata de impedir el uso desequilibrado del derecho de retracto, y de mantener el contrato impidiendo su resolución inútil, con el fin de respetar los principios de buena fe y la función social del contrato.

Aunque existan acentuadas semejanzas entre la noción de cumplimiento sustancial del derecho brasileño y la de incumplimiento esencial de la CVIM, estas no son equivalentes. Según Eduardo Grebler, “en el Código Civil brasileño no se encuentra cosa alguna que pueda asimilarse a grados de incumplimiento contractual”<sup>45</sup>. Así pues, en las cuestiones regidas por la CVIM, los tribunales brasileños deben abstenerse de evaluar el cumpli-

<sup>40</sup> E. L. BUSSATA, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>41</sup> El Art. 475 CCB dispone: “La parte perjudicada por la no ejecución puede pedir la resolución del contrato, si prefiere no pedir una ejecución específica y, en cualquier caso, daños y perjuicios”.

<sup>42</sup> Enunciado Nº 361, aprobado durante la IV Jornada de Direito Civil (2006).

<sup>43</sup> Véase, *inter alia*, A. DE MIRANDA VALVERDE TERRA, *Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no Resp 1.581.505*. en *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, pp. 95-113, ene.-mar. 2017.

<sup>44</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 1.581.505/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 18.8.2016.

<sup>45</sup> E. GREBLER, “The convention on international sale of goods and Brazilian law: are differences irreconcilable?” en *The Journal of Law and Commerce: Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2005, p. 473.

miento esencial según la prueba jabuticaba de “cumplimiento sustancial”.

En 2012 (antes de la adopción de la CVIM en Brasil), el Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Rio Grande do Sul cometió precisamente este error, porque invocó el artículo 7.3.1 de los Principios de UNIDROIT –que define el incumplimiento fundamental en forma similar a la CVIM– para justificar la aplicación de la teoría del cumplimiento sustancial en un contrato de venta puramente nacional<sup>46</sup>.

Por consiguiente las cortes y tribunales arbitrales brasileños deben recordar siempre que el incumplimiento esencial y el cumplimiento sustancial persiguen objetivos diferentes y, en especial, dan soluciones diferentes a la inejecución del contrato.

## IV. Incumplimiento previsible del contrato

El tercer impacto de la CVIM en el derecho de contratos brasileños es la idea de un posible incumplimiento anticipado del contrato.

### 1. El incumplimiento previsible en la CVIM

El Art. 72 CVIM reconoce a la parte inocente el derecho a adelantarse a la terminación del contrato en ciertas condiciones, aún antes de haberse cometido un incumplimiento esencial por la otra parte.

#### Artículo 72

- 1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.
- 2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.
- 3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

En virtud de la Convención, el derecho de resolución del contrato antes de la fecha de su ejecución no puede ejercerse sino cuando se ha hecho evidente que la otra parte incumplirá el contrato en forma esencial. No solamente el no cumplimiento futuro debe ser cierto, sino que también debe ser fundamental. Además, la parte inocente, si dispone del tiempo necesario, debe expresar su intención de rescindir el contrato por medio de una notificación enviada a la otra parte<sup>47</sup>. Esta disposición, que permite a esta última parte dar garantías suficientes de la adecuada ejecución de sus obligaciones, refleja la política de la CVIM, orientada a preservar el contrato.

<sup>46</sup> Para un resumen de este caso, véase: *Matrisul Equipamentos de Precisão Ltda. v. LOHR Sistemas Eletronicos Ltda.*, disponible en UNILEX: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1681> (al 28 de febrero de 2019).

<sup>47</sup> Véase a título general: C. FOUNTOLAKIS, en I. SCHWENZER (ed), *Schlechtriem and Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd edn, Oxford University Press 2010) art.72, p. 974-979. Véase también: D. SAIDOV, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / P. VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary* (Verlag C. H. Beck 2011), pp. 958-961.

## Incumplimiento anticipado en virtud del Código Civil brasileño

El CCB no contempla el anticiparse al incumplimiento del contrato, ni en la misma forma ni en la misma medida que el artículo 72 CVIM.

Por ejemplo, el Art. 333 CCB dispone un recurso limitado en los casos en los que la situación económica o financiera del deudor se haya convertido en un riesgo para la ejecución de la obligación acordada.

Art. 333. El acreedor tiene derecho a recuperar la acreencia antes del vencimiento del término estipulado en el contrato o previsto en el código, a continuación:

- I - en caso de quiebra o de procedimiento de insolvencia del deudor;
- II - si los bienes hipotecados o comprometidos se dan en prenda a otro acreedor;
- III - si las garantías de la deuda, personales o reales, se rescinden o se hacen insuficientes y el deudor, después de debida notificación, se niega a reforzarlas.

En los casos del presente artículo, si la obligación de pagar la deuda es solidaria y disociable, no se la considerará como atrasada por lo que se refiere a los demás deudores solventes.

Cuando la situación no caiga dentro del Art. 333 CCB y las partes no hayan convenido una cláusula de aceleración<sup>48</sup> de la deuda, la alternativa para el acreedor estaría en invocar la *exception on adimpleti contractus* (Arts. 476<sup>49</sup> y 477<sup>50</sup> CCB) para suspender su propia ejecución hasta que el deudor recupere su capacidad de ejecutar las obligaciones contractuales.

<sup>48</sup> Una cláusula de aceleración es una cláusula contractual que pone enteramente al día la debida ejecución por una parte, en caso de resolución del contrato.

<sup>49</sup> El Art. 476 dice lo siguiente: "En los contratos bilaterales, ninguna de las partes puede exigir la ejecución de la obligación de la otra parte antes de ejecutar la propia."

<sup>50</sup> El Art. 477 dice lo siguiente: "Si, después de la celebración del contrato, una de las partes contratantes sufre una reducción de su patrimonio susceptible de comprometer o hacer dudosa la ejecución de su obligación, la otra parte puede negarse a ejecutar su obligación hasta que la primera parte llene su obligación o proporcione una garantía suficiente de llenarla."

## 2. Un recurso ampliado fundado en el incumplimiento anticipado originario de la CVIM

En derecho brasileño la doctrina admite actualmente la teoría del incumplimiento anticipado como un desarrollo del principio de buena fe<sup>51</sup> y del deber de atenuar las propias pérdidas<sup>52</sup>. La resolución anticipada del contrato en caso de incumplimiento protegería, por lo tanto, de otras pérdidas a la parte cumplida.

Por consiguiente, el CJF aprobó en 2011 un nuevo enunciado:

Enunciado 437 – La anulación del contrato igualmente puede producirse por incumplimiento anticipado.<sup>53</sup>

Posteriormente, el STJ igualmente aplicó el principio del incumplimiento anticipado en diferendos contractuales relativos, en especial, a la construcción y venta de apartamentos residenciales, en un caso en el que el constructor había incumplido sus obligaciones y no podía remediar tal incumplimiento antes de que se cometiera un incumplimiento fundamental<sup>54</sup>.

Por influencia de la CVIM, entre otras, el recurso de incumplimiento anticipado se encuentra en adelante firmemente arraigado en el derecho de contratos brasileño.

## V. Una regla ampliada de la interpretación del contrato

Finalmente, la CVIM contribuyó positivamente a la ampliación del campo de aplicación del Art. 113 CCB, que trata de la interpretación de los contratos:

Art. 113. Las transacciones jurídicas deben ser interpretadas de conformidad con la buena fe y las costumbres del lugar de su ejecución.

El Art. 113 CCB impone el respeto de la buena fe y de las expectativas legítimas de las partes en la interpretación de su intención, tal como se enuncia en el contrato. Esta disposición debe leerse conjuntamente con el Art. 112 del CCB<sup>55</sup>, que estipula que en la interpretación de las transacciones jurídicas la única intención que debe tenerse en cuenta es la que se encuentra en la declaración de voluntad tal como se enuncia en los términos del contrato. Estas dos disposiciones permiten un enfoque objetivo de la interpretación de los contratos en el derecho brasileño, con una cierta seguridad jurídica<sup>56</sup>.

En 2011, el CFJ aprobó el enunciado siguiente, basado en el Art. 9 CVIM:

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, C. DE SOUSA ZANETTI, "O Inadimplemento Antecipado da Obrigação Contractual", en: C. UMBERTO JR. / M. BASSO / A. AMARAL AMARAL JR. (org.), *Arbitragem e Comércio Internacional - Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*. (Quartier Latin 2013), pp. 312-333; J. MARTINS-COSTA, *A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites*. (Revista dos Tribunais N° 885 2009), pp. 30-48.

<sup>52</sup> L. T. ALVES DE ANDRADE, *O Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro*, disponible en [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista56/revista56\\_145.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_145.pdf) (al 29 de junio de 2017).

<sup>53</sup> Aprobado en la V Jornada de Direito Civil en noviembre 2011.

<sup>54</sup> Véase por ejemplo STJ, 3ª Turma, AREsp Nº 730568, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.05.2016.

<sup>55</sup> El Art. 112 estipula: «En las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención que les es inherente que al sentido literal de la lengua.»

<sup>56</sup> G. TEREDINO / H. H. BARBOZA / M. C. BODINI DE MORAES, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, (Renovar 2004), p. 226.

Enunciado 409: Las transacciones jurídicas deben interpretarse no solamente de acuerdo con la buena fe y las costumbres del lugar de su ejecución, sino también según las prácticas habitualmente existentes entre las partes.<sup>57</sup>

Gracias a la adición de una parte pertinente del Art. 9 CVIM, el Art. 113 CCB se encuentra ya conforme con las normas internacionales de interpretación de los contratos. Indica claramente que en virtud de la legislación brasileña, las obligaciones contractuales de las partes deben igualmente quedar determinadas a la luz de las prácticas establecidas entre ellas.

Aún antes del enunciado 409, el Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Rio Grande do Sul había reconocido la pertinencia de las prácticas existentes entre las partes para resolver un litigio que involucraba la cesión de derechos de venta de cámaras funerarias. Había tomado nota de la ausencia de acuerdo contractual entre las partes para regir una situación transitoria determinada, y había resuelto que:

(...) puesto que las partes no han determinado las reglas que rigen la situación transitoria de la celebración de un contrato al cumplimiento de la condición suspensiva, es necesario observar el comportamiento de las partes, en calidad de elemento revelador de sus intereses comunes y la gobernanza de su consecuente relación, con el fin de dar la mejor interpretación posible a lo que las partes acordaron.<sup>58</sup>

## VI. El impacto de la CVIM (en calidad de softlaw) en el Brasil

El principal impacto de la CVIM en el derecho brasileño se produjo antes de su adopción oficial en 2014 y fue más allá del derecho internacional de las ventas.

Hasta entonces la CVIM había influenciado los contratos de venta en general, más allá de los contratos de venta de bienes o los contratos internacionales. Más importante aún, la CVIM se había integrado en el derecho brasileño como, derecho no obligatorio.

Es posible que la creciente globalización económica haya traído consigo, tal como una correspondiente demanda, la creación de un derecho desterritorializado. Este derecho no obligatorio se forjó a partir de los vacíos existentes en los derechos nacionales y los instrumentos tradicionales del derecho internacional (tratados y convenciones). La globalización igualmente abrió camino a ciertos experimentos jurídicos transculturales, tanto a nivel regional como mundial, que generaron identidades comunes entre sociedades, agentes económicos, abogados, jueces y árbitros<sup>59</sup>.

El espacio en el que históricamente actuaba el legislador nacional quedó paulatinamente influenciado por el derecho internacional (entendiéndolo en el sentido más

<sup>57</sup> Aprobado en la V Jornada de Direito Civil en noviembre de 2011 (énfasis suplementario).

<sup>58</sup> *Apud* V. JACOB DE FRADERA, "A interpretação dos negócios jurídicos empreendidos no Brasil: o alargamento das hipóteses previstas no artigo 113 do Código Civil brasileiro mediante inspiração do artigo 9º da CISG", en A CISG e o Brasil, Marcial Pons: São Paulo, p. 569 à 573.- TJRS, Ap. Cível 70008000275, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Arminio Lima da Rosa, j. 03.03.2004.

<sup>59</sup> P. OTERO, *Manual de direito administrativo*, Volumen I, Almedina 2013, p. 509.

amplio del término). Más que provocar la fragmentación o el debilitamiento del Estado-nación, la mundialización económica ha creado incitaciones para la reforma jurídica dentro del Estado o con la participación del Estado. La reforma del derecho debe continuar teniendo en cuenta la realidad internacional, sus fuentes jurídicas particulares y los nuevos actores legislativos.

Gracias a su naturaleza flexible, la CVIM goza de excelente posición para continuar influenciando la reforma jurídica en las jurisdicciones nacionales.

## VII. Perspectivas para la CVIM en el Brasil

Probablemente la CVIM extenderá en un futuro próximo su influencia en el Brasil, y tendrá incidencia directa en la legislación nacional como instrumento de la *hard law*. Esto es lo que indican las pocas decisiones publicadas hasta el momento. Además, ciertas características esenciales de la CVIM pueden contribuir al desarrollo del derecho de contratos brasileño, entre las cuales, en especial, (i) el principio de razonabilidad (*reasonableness*) y (ii) el derecho de las partes a poner remedio a la inejecución de sus obligaciones (*right to cure*)

### 1. Jurisprudencia reciente

Tal como se indicó más arriba (ver p. 2 nota 4), fue tan sólo recientemente (febrero de 2017) que el Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Rio Grande do Sul aplicó por vez primera en Brasil la CVIM a un contrato de venta internacional.

El litigio giraba alrededor de un contrato celebrado por un comprador danés y un vendedor brasileño para la entrega, por parte de este último, de una cierta cantidad de muslos de pollo congelados en el puerto de Hong Kong. El comprador pagó el precio acordado, pero el vendedor no entregó las mercaderías dentro del plazo. El comprador fijó luego un plazo adicional para que el vendedor pudiera entregar las mercaderías. Al vencimiento del plazo adicional y habida cuenta del incumplimiento del vendedor, el comprador rescindió el contrato y exigió daños y perjuicios.

La CVIM no era directamente aplicable al diferendo porque el contrato había sido celebrado antes de la adopción de la Convención en el Brasil. Por consiguiente el Tribunal se refirió a las reglas brasileñas de derecho internacional privado (Art. 9 §2º de la Ley de introducción a las reglas del derecho brasileño)<sup>60</sup>, que señalaba el derecho danés para regir el contrato. A pesar de esta comprobación, el Tribunal estimó que debía apartarse de la regla tradicional *lex loci celebrationis* a favor de un enfoque más flexible, lo que llevó a la aplicación de la CVIM y de los Principios de UNIDROIT en calidad de expresión de la «nueva *lex mercatoria*».

<sup>60</sup> El Art. 9 LNDB estipula: «Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en el que estén constituidas. (...) § 2º - La obligación resultante de un contrato se considera como constituida en el lugar de residencia del oferente».

Además, el Tribunal observó que, lejos de ser antagonistas o tener una naturaleza mutuamente excluyente, la CVIM y los Principios de UNIDROIT se complementaban. Igualmente observó que la aplicación de los Principios de UNIDROIT y de la CVIM era conforme con un enfoque de solución de diferendos flexible y no positivista, tal como se requiere en el campo del derecho comercial internacional.

En cuanto al fondo, el Tribunal rechazó la objeción del vendedor según la cual no habría existido contrato válido entre las partes, debido a la ausencia de documento escrito. Según el Tribunal, existían pruebas suficientes para demostrar la existencia de un contrato entre las partes, y para fundamentar esta declaración invocó el Art. 11 de la CVIM y el Art. 1.2 de los Principios de UNIDROIT, que expresan ambos el principio según el cual la celebración de un contrato no está sometida a condición alguna de forma. Además, el Tribunal concluyó que la resolución del contrato por el comprador se justificaba no solamente por el Art. de la 49 CVIM, sino también por la considerable violación, por parte del vendedor, de su obligación de actuar de buena fe en la ejecución del contrato, que constituye uno de los pilares de la “nueva lex mercatoria” y es compatible con el Art. 1.7 de los Principios de UNIDROIT y el Art. 7(1) CVIM<sup>61</sup>.

Esta sentencia demuestra que los tribunales brasileños se han familiarizado con los instrumentos internacionales de derecho uniforme y están armados para aplicarlos a los contratos transnacionales.

## 2. Principio de razonabilidad (reasonableness)

La CVIM no define el principio de razonabilidad, aunque el término «razonable» figura en treinta y siete disposiciones de la Convención. La doctrina y la jurisprudencia afirman que la razonabilidad constituye un principio general de la CVIM<sup>62</sup>.

Contrariamente a la CVIM, el principio de razonabilidad se aplica con más frecuencia en Brasil a las relaciones relativas al derecho del consumidor<sup>63</sup>, al derecho administrativo<sup>64</sup> y al derecho penal. Igualmente se aplica en el ámbito contencioso judicial para la distribución de los costos y gastos entre las partes<sup>65</sup>.

Según el derecho de contratos brasileño, el principio de razonabilidad puede desempeñar un papel importante en la aplicación de la ley en cada fase del contrato, incluso para evaluar la licitud del comportamiento durante las negociaciones precontractuales y la ejecución de las obligaciones postcontractuales, tales como la confidencialidad y la no competencia.

<sup>61</sup> Resumen del caso disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=2036&step=Abstract> (al 30 junio 2017).

<sup>62</sup> Para una visión del principio de razonabilidad en la CVIM, véase A. KRITZER en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html> (al 30 de julio de 2017). Véase también: I. SCHWENZER (ed), *Schlechtriem and Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, (3rd edn, Oxford University Press 2010) pp. 327, 445-446 y 619.

<sup>63</sup> Por ejemplo: STJ, 3ª Turma, REsp Nº 1274629 / AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 6/05/2013; y STJ, 4ª Turma, REsp Nº 1060882 / SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 25/06/2013.

<sup>64</sup> Por ejemplo: STJ, 1ª Turma, RMS Nº 35.159 / RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05/04/2016 y STJ, 2ª Turma, REsp Nº 1351701 / SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 17/03/2015.

<sup>65</sup> Por ejemplo, véase: STJ, 3ª Turma, REsp Nº 678.100-SP, DJ 5/9/2005; STJ, 1ª Turma, REsp Nº 526.767-PR, DJ 19/9/2005; STJ, 2ª Turma, REsp Nº 908.890-SP, DJ 23/4/2007; y STJ, 3ª Turma, REsp Nº 1.135.824-MG, DJe 14/3/2011).

## 3. El derecho de las partes a remediar el incumplimiento de sus obligaciones (right to cure)

La preservación del contrato es uno de los principios fundamentales de la CVIM y destaca varias disposiciones de la Convención, tales como el derecho del vendedor a poner remedio a su transgresión y el derecho del comprador a fijar un plazo adicional para la ejecución de las obligaciones del vendedor<sup>66</sup>.

Según lo dispone el Art. 37 CVIM, el vendedor puede remediar cualquier defecto de la mercadería vendida, cuando la entrega de mercaderías no conformes se haya producido antes de la fecha de entrega. El Art. 48 CVIM dispone que el vendedor pueda remediar, a su costa, a cualquier incumplimiento de su obligación, aún después de la fecha de entrega, con la condición que esto no signifique atraso ni molestia irrazonable para el comprador.

Además, el Art. 47 CVIM permite al comprador fijar un plazo adicional al vendedor para la ejecución de sus obligaciones, lo que equivale al Nachfrist del derecho alemán<sup>67</sup>. Durante el período fijado el comprador no puede acudir a ningún otro recurso, por estar vinculado por su oferta<sup>68</sup>. A la inversa, si el vendedor no cumple sus obligaciones durante el período adicional, el comprador podrá entonces proceder a la resolución del contrato de conformidad con el Art. 49(1)(b) CVIM.

Contrariamente a la Convención, el CCB optó por un enfoque tímido por lo que se refiere a los recursos en caso de incumplimiento del contrato. En virtud del Art. 475<sup>69</sup>, la parte lesionada puede declarar resuelto el contrato (en caso de contener el contrato una cláusula resolutoria), si decide no exigir a la parte incumplida la ejecución de la obligación en especie. Cuando las partes no hayan acordado cláusula resolutoria, la parte perjudicada debe exigir su derecho a la resolución del contrato por sentencia judicial o arbitral<sup>70</sup>.

El derecho de contratos brasileño debería desarrollarse y crear un mayor número de soluciones para mantener el contrato. Cabe esperar que en el futuro la aplicación de la CVIM por las cortes y tribunales arbitrales brasileños pueda influenciar en forma positiva la creación de tales recursos, como el derecho de las partes a remediar la inexecución de sus obligaciones.

<sup>66</sup> A. JANSSEN / O. MEYER (eds.), *CISG Methodology*, Sellier: European Law Publishers, 2009, p. 274.

<sup>67</sup> F. ENDERLEIN / D. MASKOW, *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Oceana Publications 1992), p. 238. El § 326 BGB estipula que «El acreedor debe, por regla general, prolongar razonablemente el plazo original, a menos que tal iniciativa contractual carezca de interés adicional alguno para el acreedor debido a un atraso, o a menos que el plazo definitivo sea, aparentemente y por cualquier otra razón, superfluo. Cuando el plazo de gracia haya concluido sin que la obligación contractual haya sido cumplida, el acreedor puede decidir entre daños y perjuicios por no ejecución y la resolución del contrato. La demanda de ejecución, con todo, queda excluida». Contrariamente al BGB, la CVIM no exige que el comprador proponga un período adicional sino simplemente lo autoriza a proponer tal período.

<sup>68</sup> M. MÜLLER-CHEN, en I. SCHWENZER (ed), *Schlechtriem and Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd edn, Oxford University Press 2010, pp. 724-725.

<sup>69</sup> C. FOINTOULAKIS, en I. SCHWENZER (ed) (nota 47).

<sup>70</sup> M. H. DINIZ, *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 386.

## VIII. Palabras de conclusión

El papel de la CVIM en el desarrollo del derecho va más allá de su pertinencia para la elaboración del derecho de venta internacional de mercaderías.

Aún siendo originalmente un instrumento internacional clásico de derecho uniforme –hard law– la CVIM ejerce, en calidad de, una gran influencia en los legisladores, los jueces, los árbitros y los abogados del mundo entero.

A pesar de la naturaleza rígida de la CVIM, puede ir evolucionando con el paso del tiempo gracias a la contribución de los tribunales judiciales y arbitrales, de lo cual es un buen ejemplo la sentencia del Tribunal de Segunda Instancia brasileño. La CVIM también puede evolucionar a partir de una interpretación erudita, tal como la que contienen los dictámenes preparados por el CISG Advisory Council<sup>71</sup>, basándose en especial en los que se funda la Convención –Art. 7(2) CVIM.

En resumen, la CVIM sigue siendo un work in progress que debe promover y facilitar continuamente las transacciones transfronterizas.

<sup>71</sup> Para mayor información sobre el *CISG Advisory Council* y sus Opiniones sobre la CVIM véase: <https://www.cisgac.com/> (al 4 de marzo de 2019).

# Los Remedios Contractuales del Incumplimiento en la CISG y su comparación con los de la Legislación Guatemalteca

Pedro Mendoza Montano<sup>1 2</sup>

**SUMARIO** A la luz de la ratificación por parte del Congreso de la República de Guatemala de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés), es conveniente realizar un análisis comparativo entre dicho cuerpo normativo y la legislación guatemalteca. Es de suma importancia aclarar que, a pesar de que la CISG ya fue ratificada por la República de Guatemala, la convención todavía no ha entrado en vigor, pues aún no se ha depositado el instrumento de adhesión ante la Secretaría General de las Naciones Unidas. El presente artículo tiene por objeto analizar y comparar las tendencias sobre el sistema de remedios en la CISG y la regulación de la legislación guatemalteca, en virtud de ser uno de los temas que más han influido en el moderno derecho los contratos.

**I. Introducción.** 1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2. Legislación Guatemalteca. 3. Los Remedios Contractuales. **II. Análisis Comparativo.** 1. La regulación general del sistema de remedios frente al incumplimiento. 2. La resolución por incumplimiento. 3. La pretensión del cumplimiento de la obligación. 4. La indemnización de daños y perjuicios. 5. La reducción del precio. 6. La suspensión del cumplimiento.

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Francisco Marroquín, Ciudad de Guatemala; Maestría en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia, Ciudad de Nueva York; socio fundador de "Iurisconsulti, Abogados y Notarios"; catedrático de los cursos "Teoría General del Contrato" y "Derecho de los Negocios Internacionales" en la Universidad Francisco Marroquín.

<sup>2</sup> Listado de abreviaciones:

CISG - la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

PECL - Principios de Derecho Europeo de los Contratos

Principios UNIDROIT - Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016

## I. Introducción

Hoy en día se ha ido aceptando y propiciando la tendencia de homogeneización y unificación del derecho, principalmente aquel relacionado con el comercio internacional. En virtud de ello, existe cierto consenso, tanto en varios países del mundo como en la doctrina internacional, para alcanzar una homogeneización del derecho, principalmente aquel relacionado con el comercio internacional de mercaderías. Derivado de estos intentos de homogeneización se ha propuesto, a través de Instrumentos de Derecho Uniforme (tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés), los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT) y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL por sus siglas en inglés)), un nuevo sistema basado en las obligaciones y contratos del derecho romano-germano y el derecho anglo-americano.

Dentro de las nuevas tendencias establecidas por dichos Instrumentos de Derecho Uniforme, se pueden resaltar las novedosas regulaciones en torno al incumplimiento del contrato. Un ejemplo de ello es la regulación del contrato de compraventa por medio de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (de ahora en adelante, indistintamente, la “Convención” o la “CISG”), de la cual, al día de hoy, son parte aproximadamente 93 países, independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico.

La CISG es un tratado internacional que busca regular de manera uniforme operaciones de compraventa internacional de mercaderías proporcionando a las partes interesadas un régimen moderno, uniforme y equitativo que se ajuste mejor a las actuales necesidades del tráfico mercantil<sup>3</sup>. La CISG contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales al regular y solucionar cuestiones como: conflictos de interpretación, conflictos de contraposición de normas de distintos sistemas jurídicos, altos costos en la elaboración de contratos, entre otras.

No obstante lo anterior, el presente trabajo no pretende realizar un análisis extensivo del conjunto de principios y disposiciones contemplados en la CISG con la legislación nacional de Guatemala, por lo que se restringirá a comparar el sistema de remedios que ambos cuerpos normativos han desarrollado en relación al incumplimiento del contrato.

### 1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La Convención es fruto de un esfuerzo legislativo que se inició a principios del siglo XX. El cuerpo normativo está dividido en cuatro partes, la primera de ellas establece disposi-

<sup>3</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, con Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, pp. 25-26.

ciones generales y reglas sobre el ámbito de aplicación, la segunda regula la formación del contrato, la tercera establece las normas sustantivas del contrato de compraventa y, por último, la cuarta, contiene disposiciones de derecho internacional público<sup>4</sup>.

Adicionalmente, resalta también en la CISG el uso extenso de términos legales abstractos, amplios e indefinidos (como podría ser la “excusa razonable”, “plazo razonable”, entre otros) que, en vez de reflejar una debilidad del cuerpo normativo, han resultado en una ampliación del margen de interpretación de tales conceptos, usualmente necesaria, dada la naturaleza específica de cada caso en concreto<sup>5</sup>. Así mismo, la imprecisión al desarrollar algunos conceptos legales fue realizada a propósito, buscando reflejar un compromiso entre conflictos de intereses irreconciliables entre los distintos sistemas jurídicos<sup>6</sup>. La CISG, según lo indica su preámbulo, tiene por objeto armonizar diferentes sistemas sociales y jurídicos. Sus disposiciones contienen generalmente soluciones provenientes de varios sistemas jurídicos, como resultado de una cooperación estrecha e imparcial entre juristas de los sistemas legales anglo-americano y romano-germano<sup>7</sup>.

### 2. Legislación Guatemalteca

En Guatemala, el Código de Comercio es el cuerpo normativo aplicable a la compraventa de mercaderías; sus normas están dirigidas a regular las características específicas aplicables a contratos mercantiles. Dicho Código no contempla normas generales aplicables a los contratos, los cuales son desarrollados por el Código Civil. En consecuencia, el Código de Comercio coexiste con el Código Civil, el cual regula a los contratos desde un punto de vista general y no con referencia a situaciones o actividades específicas usuales dentro del tráfico mercantil. El Código de Comercio entonces opera con frecuencia sobre instituciones, cosas y negocios regulados ampliamente por el Código Civil, los cuales se ven modificados en disposiciones específicas por las exigencias del comercio<sup>8</sup>. Por lo tanto en Guatemala estos dos cuerpos normativos funcionan uno como regla y el otro como regla específica, de ahí que la separación legislativa y doctrinal entre Derecho Civil y Derecho Mercantil no constituya una separación absoluta en Guatemala, por el contrario, son complementarios<sup>9</sup>.

En el mismo orden de ideas el Código de Comercio contiene una norma expresa que prevé como norma supletoria las disposiciones sobre los negocios, obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil<sup>10</sup>. Debido a esto es que, al comparar las disposiciones sobre los remedios contractuales contemplados en la CISG frente a los regulados en la

<sup>4</sup> I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM, “Introducción” en: I. SCHWENZER / E. MUÑOZ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Tomo I, 1ª ed., España, Aranzadi, 2011, p. 162.

<sup>5</sup> *Ibidem*, I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 1), p. 163.

<sup>6</sup> *Ibidem*, I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 1).

<sup>7</sup> *Ibidem*, I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 1), p. 166.

<sup>8</sup> E. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2012, p. 15.

<sup>9</sup> *Ibidem*, VÁSQUEZ MARTÍNEZ (nota 8), p. 16.

<sup>10</sup> V. art. 694 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70.

legislación guatemalteca, el análisis se hará con las disposiciones generales de los contratos regulados en el Código Civil en virtud de la ausencia de las mismas en el Código de Comercio.

### 3. Los Remedios Contractuales

Dentro de los aportes más importantes a destacar de la CISG se puede identificar la implementación consistente de la idea de una noción única de “incumplimiento del contrato”<sup>11</sup>. Estas disposiciones introducen una nueva visión sobre el vínculo obligacional, equilibrando los intereses del comprador con los del vendedor. Al regular el incumplimiento del contrato como un concepto unitario, amplio y neutro, es posible también organizar un sistema de remedios a los cuales la parte afectada tendrá acceso en caso de cualquier incumplimiento del contrato.

Esta concepción ordenada y sistematizada del incumplimiento contractual y consecuentemente de los remedios, contrasta con los Códigos Civiles de los países que adoptan el sistema romano-germano, ya que estos regulan de forma dispersa y desordenada las acciones a las cuales un acreedor tiene acceso en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato. Es notorio en la práctica que los remedios contractuales tradicionales ya no se ajustan a las circunstancias actuales del comercio, por distintas razones, tales como su rigorismo y la necesidad de intervención judicial. Por ende, la ratificación e implementación de cuerpos normativos internacionales y uniformes, como lo es la CISG, resultan ser de gran beneficio para actualizar indirectamente sistemas jurídicos como el guatemalteco, cuyos códigos se basan en tendencias, principios y doctrinas que no responden a las necesidades actuales de los negocios.

La implementación de la CISG en el derecho interno guatemalteco necesariamente influye en la interpretación y el desarrollo no solo de la compraventa internacional, sino que también de la nacional<sup>12</sup>. En el intento de encontrar una interpretación integral de las normas contractuales del sistema guatemalteco es conveniente realizar el presente análisis comparativo tomando en cuenta las normas generales del derecho contractual guatemalteco, así como los artículos de la CISG, sobre los remedios que contemplan en caso de existir un incumplimiento contractual.

## II. Análisis comparativo

### 1. La regulación general del sistema de remedios frente al incumplimiento

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<p><b>Artículo 45.</b> 1) <b>Si el vendedor</b> no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. 2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho. 3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.</p>	<p><b>Artículo 1534. Efectos del contrato.</b> Los que celebren un contrato están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo.</p> <p><b>Artículo 1535.</b> En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.</p>
<p><b>Artículo 61.</b> 1) <b>Si el comprador</b> no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. 2) El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho. 3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.</p>	<p><b>Artículo 1536.</b> También se podrá pedir la resolución del contrato, aun después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si éste resultare imposible con posterioridad a la demanda.</p>

La CISG en su cuerpo normativo dispone de dos normas generales que introducen los derechos y acciones que la parte agraviada (vendedor o comprador) puede ejercer en caso de incumplimiento (artículos 45 y 61 de la CISG); asimismo, regula en dos secciones específicas los distintos remedios que puede ejercer ya sea el comprador o el vendedor en caso de incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías. En los artículos 28, 46 a 52 y 74 al 77 de la CISG se establecen los remedios que puede

<sup>11</sup> I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 4), p. 165.  
<sup>12</sup> Ibidem, I. Schwenzner / P. Schlechtriem (nota 4), p. 171.

ejercer el vendedor en caso de que sea la parte agraviada y los artículos 28, 62 a 65 y 74 a 77 de la CISG regulan los remedios que pueden ser ejercidos por el comprador cuando este sea la parte agraviada<sup>13</sup>. Adicionalmente se encuentran los artículos relacionados a dichos remedios, tales como el 50, 72, 73 y del 81 al 84 de la CISG<sup>14</sup>. En conjunto todos estos artículos disponen un sistema de remedios al cual puede optar la parte afectada en un contrato de compraventa internacional de mercaderías.

Dicho sistema de remedios dispone de acciones que son comunes a ambas partes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías y acciones que están específicamente diseñadas ya sea para el comprador o el vendedor.

Los remedios incluidos por la CISG que son comunes a las partes son<sup>15</sup>:

1. El cumplimiento de la obligación o ejecución forzosa;
2. La concesión de un plazo suplementario para cumplir una obligación;
3. La resolución del contrato;
4. La indemnización de daños y perjuicios;
5. La exoneración;
6. Los intereses; y
7. La conservación de las mercaderías.

Los remedios contemplados por la CISG específicamente para cada parte son:

1. La reducción del precio para el comprador;
2. Especificación de las mercancías para el vendedor; y
3. La subsanación de cualquier falta de conformidad de las mercancías para el vendedor.

Una de las características principales de la regulación de la CISG es que no existe ninguna jerarquía entre ellos<sup>16</sup>. Es decir que la parte afectada puede libremente optar por la resolución, la indemnización de los daños o perjuicios, el cumplimiento específico o cualquier otra acción que se ajuste a sus intereses. Ahora bien, es importante notar que para que se pueda ejercer cada acción se deben cumplir los supuestos contemplados en las normas de la CISG; por ejemplo, en el caso de la resolución se requiere que exista un incumplimiento esencial o que se haya otorgado un plazo para subsanar el incumplimiento a la otra parte. En consecuencia, la parte afectada puede elegir cualquier remedio que se ajuste a sus intereses, pero dicha elección no es discrecional en su totalidad, ya que se sujeta a ciertas limitaciones dispuestas por la CISG.

<sup>13</sup> M. P. PERALES, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*, 2001, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>

<sup>14</sup> *Ibidem*, M. P. Perales (nota 13).

<sup>15</sup> *Ibidem*, M. P. Perales (nota 13).

<sup>16</sup> *Ibidem*, M. P. Perales (nota 13).

La redacción de los artículos 45 y 61 de la CISG para efectos del presente análisis trae consigo dos importantes consecuencias: 1) la noción general del incumplimiento; y 2) la ausencia de cualquier noción de culpa en el incumplimiento para el ejercicio de los remedios<sup>17</sup>.

El primer punto tiene relevancia en el sistema de remedios de la CISG ya que refiere en general a cualquier obligación expresamente pactada en el contrato o contemplada en la Convención, sea del comprador o del vendedor<sup>18</sup>. Asimismo, no distingue entre los distintos tipos de incumplimiento que pueden existir, ya sea en relación a la gravedad del incumplimiento o el tipo del incumplimiento, por ser tardío, o recaer sobre la calidad o cantidad de las mercancías (cumplimiento defectuoso). En consecuencia, cualquier acto por una de las partes que infrinja una obligación contractual se entenderá como un incumplimiento y, en virtud de ello, la parte afectada podrá optar por el conjunto de remedios que la CISG pone a su disposición.

La legislación de Guatemala, en específico el Código de Comercio y el Código Civil, no disponen de una norma similar que regule una noción de incumplimiento general o que sirva de fundamento para unificar todos los remedios a los cuales la parte afectada puede recurrir para salvaguardar su interés. No obstante lo anterior, sí contempla en los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil acciones generales que puede ejercer una parte afectada por el incumplimiento. Estas tres normas claramente hacen mención únicamente a tres remedios del incumplimiento, que son los daños y perjuicios, la resolución y el cumplimiento específico. De los artículos citados desde una perspectiva tradicional del derecho romano-germano se ha interpretado la existencia de dos remedios principales frente al incumplimiento, la resolución y el cumplimiento específico, los cuales siempre podrán ir acompañados de la indemnización de daños y perjuicios. En este caso, pareciese que los daños y perjuicios juegan un rol secundario frente a dichos remedios, ya que se “acompañan” a los otros recursos. No obstante, en Guatemala se carece de doctrina que amplíe y desarrolle en específico la relación entre los remedios, sí existe en la práctica una preferencia hacia la resolución y la ejecución específica como remedios principales frente al incumplimiento, solicitando los daños y perjuicios como meros accesorios derivados de dichos incumplimientos.

Respecto a la ausencia de culpa en la noción general de incumplimiento, la CISG es clara en expresar que, si el comprador/vendedor no cumple con cualquiera de sus obligaciones, la parte afectada puede ejercer los remedios enumerados en los referidos artículos. Derivado de dicha redacción, se ha establecido el principio básico del incumplimiento sin culpa, en el sentido de que no es necesario que concurra la culpa en el incumplimiento

<sup>17</sup> M. WILL, en: C.M. BIANCA / M.J. BONELL *Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 329-332, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb45.html>

<sup>18</sup> *Ibidem*, M. Will (nota 17).

para que el acreedor pueda ejercer algún recurso, ya que la simple contravención de una obligación derivada del Contrato o de la CISG da lugar a que la parte afectada pueda ejercer un remedio<sup>19</sup>. Ahora bien, la CISG en el artículo 79 sí dispone de una norma que armoniza con el principio de incumplimiento sin culpa, ya que establece que una parte no será responsable de la falta del cumplimiento si logra probar que dicho incumplimiento derivó de actos que sean ajenos a su voluntad y que no se podía razonablemente esperar que tuviese en cuenta dicho impedimento al momento de celebrar el contrato<sup>20</sup>.

Por su parte la legislación guatemalteca dispone de los artículos 1423 y 1424 del Código Civil, en los cuales se ha interpretado que la culpa es elemento esencial del incumplimiento para que este sea imputable al que lo ocasionó. El artículo 1423 expresamente indica que “el incumplimiento de la obligación por el deudor se presume por culpa suya mientras no pruebe lo contrario” y el artículo 1424 desarrolla que “la culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar”. De ambos artículos y siguiendo la doctrina tradicional del derecho romano-germano, el sistema jurídico guatemalteco ha entendido que la culpa es un elemento esencial para establecer el incumplimiento del contrato. Por otro lado, también se dispone de la regulación del Caso Fortuito y Fuerza Mayor en el artículo 1426 del Código Civil, que dispensa de responsabilidad por la falta del cumplimiento de una obligación.

En conclusión, la CISG y el Código Civil y Código de Comercio guatemaltecos adoptan posturas sumamente distintas al momento de regular y desarrollar los remedios frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes. La CISG adopta una postura amplia que favorece y facilita a la parte afectada el ejercicio de los remedios para satisfacer su interés en la manera que mejor se ajuste a sus intereses. En cambio, la legislación guatemalteca pareciese favorecer entre los remedios de cumplimiento específico y resolución, sujetando cualquier incumplimiento a la culpa del deudor como requisito necesario que para que exista el incumplimiento.

En el presente trabajo se hará un análisis comparativo únicamente entre los remedios contractuales que están contemplados en la CISG con aquellos regulados en el Código Civil y Código de Comercio guatemaltecos.

<sup>19</sup> Idem, M. Will (nota 17).  
<sup>20</sup> M. P. PERALES (nota 13).

## 2. La resolución por incumplimiento

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<p><b>Artículo 49.</b> 1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.</p>	<p><b>Artículo 1535.</b> En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.</p> <p><b>Artículo 1581.</b> La condición resolutoria convenida por los contratantes deja sin efecto el contrato desde el momento en que se realiza, sin necesidad de declaración judicial.</p>
<p><b>Artículo 64.</b> 1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.</p>	<p><b>Artículo 1582.</b> La resolución de un contrato por efecto de la condición resolutoria implícita, debe ser declarada judicialmente.</p>

La CISG recoge en los artículos 49.1 y 64.1 el remedio de la resolución del contrato; ahora bien, dicho remedio solamente puede ser ejercido por la parte afectada si el incumplimiento de la otra parte es considerado como esencial o cuando, concedido un plazo suplementario, la parte que incumplió no subsane dicho incumplimiento.

Una primera limitación a la resolución es el incumplimiento esencial, el cual se entien- de que se produce bajo la CISG, cuando se causa un perjuicio tal que prive sustancialmen- te a una parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable en la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación (artículo 25 de la CISG)<sup>21</sup>. Por lo tanto, con base en la concepción de la CISG existen dos análisis importantes a tomar en cuenta: siendo el primero privar sustancialmente el interés contractual de una parte (es

<sup>21</sup> C. Lu, *The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law*, 2nd edition, 2005, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>

decir, la perspectiva de la parte agraviada) y el segundo el test de previsibilidad (es decir, la perspectiva de la parte que incumplió)<sup>22</sup>.

En el primero, la esencialidad recae sobre la concepción de que el incumplimiento debe sustancialmente privar a la parte agraviada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato<sup>23</sup>. Por lo tanto, el análisis correspondiente de la esencialidad debería tomar en cuenta el uso que se le puede dar a los bienes objeto del contrato; por ejemplo, si todavía cumplen parcialmente con lo esperado por el comprador, si pueden ser vendidas a un precio menor, pudiéndose recuperar daños y perjuicios por el valor menor, si se pueden obtener mercancías sustitutivas o si pueden ser reparadas o reemplazadas sin que se prive sustancialmente al acreedor de lo esperado conforme al contrato<sup>24</sup>. En estos casos no se entendería que el incumplimiento es esencial.

El segundo análisis, no obstante se haya demostrado que existió un incumplimiento que prive a la parte agraviada de lo que tenía derecho a esperar, es posible que dicho incumplimiento no cumpla con el test de previsibilidad. Dicho análisis corresponde a determinar, en primer lugar, si la parte que incumplió previó que su incumplimiento iba a causar el daño sustancial a la otra parte<sup>25</sup>. El segundo lugar se requiere de un análisis objetivo, el cual se refiere a si una persona razonable en la misma circunstancia y condición no ha podido prever el resultado que privó a la otra parte de su interés<sup>26</sup>.

Es necesario indicar que, por incumplimiento esencial, bajo la CISG, en ningún momento se limita a que la obligación que se incumple sea la obligación principal del contrato, ya que la falta de cumplimiento de una obligación accesoria, en caso de que cumpla con los parámetros de esencialidad, también puede dar lugar a que la parte afectada solicite la resolución del contrato<sup>27</sup>.

Una segunda limitación a la resolución dada por la CISG es la necesidad de otorgar un plazo para poder declarar la resolución del contrato. Esta limitación tiene importancia sobre todo en aquellas circunstancias en las que no está claro que el incumplimiento del contrato se considera esencial o no<sup>28</sup>. De esta forma una parte puede proceder posteriormente a resolver el contrato si otorga a la otra parte un plazo adicional para que cumpla con su obligación y dicha parte incumple con la misma durante el plazo adicional, lo cual asegura a la parte afectada que dicho incumplimiento tenga los mismos efectos como si fuese esencial, aún y cuando en un inicio no lo fue<sup>29</sup>.

22 Idem, C. Liu (nota 21).

23 J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., 1999, pp. 325-334, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho49.html>

24 M. P. PERALES (nota 13).

25 C. LIU (nota 21).

26 M. P. PERALES (nota 13).

27 Ibidem, M. P. PERALES (nota 13).

28 J. HONNOLD (nota 23).

29 M. P. PERALES (nota 13).

No obstante lo anterior, no se debe entender que la posibilidad de resolver el contrato cuando ha transcurrido el plazo suplementario está abierta a todo incumplimiento de las partes. La limitación de los efectos de la resolución se da principalmente cuando el vendedor no entrega las mercancías o cuando el comprador no paga el precio o se niega a recibir las mercancías<sup>30</sup>. Se excluyen las situaciones en las que se hace entrega de mercancías no conformes, casos en los cuales la parte afectada puede salvaguardar su interés con otros remedios. En consecuencia, la CISG no permite que se resuelva el contrato debido a circunstancias poco importantes o por la extemporaneidad en el ejercicio de la acción, aún y cuando se haya otorgado el plazo suplementario a la parte que incumplió<sup>31</sup>.

La legislación de Guatemala, tal y como se desprende de los artículos 1535, 1581 y 1582 del Código Civil, únicamente regula la facultad de poder ejercer el remedio de la resolución, sin que se haya desarrollado una normativa suficiente, habiendo quedado comprendida dentro del capítulo de la rescisión. A ambas figuras el Código Civil les otorgó los mismos efectos y consecuencias. No obstante lo anterior, la rescisión procede en la legislación guatemalteca en los casos de un contrato válidamente celebrado, pendiente de cumplimiento y que las partes de común acuerdo deciden dejar sin efecto<sup>32</sup>. Además también procede por declaración judicial en los casos de incumplimiento de un contrato, pero únicamente en aquellos casos específicamente mencionados por el Código Civil.

En este sentido el Código Civil guatemalteco se diferencia de muchas legislaciones iberoamericanas, dado que, en estas últimas, la rescisión procede únicamente en los casos de lesión, cuando la esperada relación igualitaria entre las partes ha sido trastornada al momento de la celebración del contrato, siendo su propósito salvaguardar el orden legal frente a los efectos sociales perniciosos de las transacciones injustas<sup>33</sup>.

Por lo tanto, en lo que se refiere a la resolución, no existe en la legislación guatemalteca ninguna norma que disponga algún límite específico para el ejercicio de esta, salvo aquellos requisitos sustanciales de la relación jurídica que se deben dar para ejercer el remedio, como son: la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas; que el contrato esté pendiente de cumplimiento; que la obligación sea exigible; y que exista una falta de cumplimiento de la obligación. Una vez que dichos requisitos se cumplan, la parte afectada puede optar por la resolución del contrato<sup>34</sup>.

Adicionalmente, no existe en el sistema guatemalteco un consenso respecto de que sea necesario argumentar la esencialidad del incumplimiento para ejercer el re-

30 J. HONNOLD (nota 23).

31 M. P. PERALES (nota 13).

32 V. art. 1579 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley número 106.

33 E. MUÑOZ, *El Derecho de los Contratos y de la Compraventa en Iberoamérica*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 210.

34 R. A. CONTRERAS ORTIZ, *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte general)*, 1ª ed., Guatemala, Serviprensa, S.A., 2010, p. 70

medio de la resolución. Es decir que, en principio, cualquier incumplimiento, sea accesorio o principal, podría facultar al acreedor a ejercer dicho remedio. No obstante lo anterior, en la legislación guatemalteca podría existir la posibilidad de argumentar que la acción de resolución se ve limitada cuando su ejercicio constituya un abuso de derecho, específicamente en los casos en que el incumplimiento no sea esencial al contrato y pueda ser fácilmente subsanado por medio de otro remedio contractual<sup>35</sup>.

En la legislación guatemalteca también es importante hacer notar que la resolución puede producirse de dos formas: i) cuando las partes han pactado en el contrato que un incumplimiento específico resuelve el contrato (“condición resolutoria expresa”), situación en la cual, de suceder dicho incumplimiento, la resolución opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial alguna; y ii) cuando las partes no lo mencionaron en su contrato, existe una norma que presume la existencia de una condición resolutoria tácita, en virtud de la cual será el juez quien declarará la resolución del contrato.

En conclusión, debido a la insuficiencia en la regulación de la resolución en la legislación guatemalteca es que se puede llegar a abusar de esta figura sin que la parte afectada por el abuso del remedio tenga recursos expresos para salvaguardar sus derechos. Por el contrario, la CISG claramente busca mantener una filosofía de diseño de la resolución como último remedio para, en la medida de lo posible, salvaguardar la vida del contrato y hacer aplicable la resolución únicamente cuando el incumplimiento resulte esencial según sus disposiciones.

### 3. La pretensión del cumplimiento de la obligación

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<p><b>Artículo 46.</b> 1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. 2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. 3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.</p>	<p><b>Artículo 1437.</b> El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la cantidad convenida, pero no las dos cosas, a no ser que ésta se exija por el simple retardo o por el cumplimiento imperfecto.</p> <p><b>Artículo 1535.</b> (...) El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.</p> <p><b>Artículo 1397.</b> Si el pago tuviere que hacerse en especie y hubiere imposibilidad de entregar la misma cantidad y calidad, el deudor satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago, salvo que se haya fijado precio al celebrarse el contrato.</p> <p><b>Artículo 1571.</b> Si el enajenante ha garantizado el buen funcionamiento de la cosa por un tiempo determinado y resultare, durante su transcurso, defecto en el funcionamiento, debe el adquirente hacerlo saber a aquél dentro de los quince días siguientes al descubrimiento del defecto; y si el enajenante no procede a su inmediata reparación, podrá exigir el saneamiento.</p>

La CISG regula dentro del mismo artículo la facultad que tiene el comprador para exigir el cumplimiento de la obligación, la sustitución o reparación de los bienes en caso de que no sean conformes. Todas estas situaciones amparadas bajo el derecho a exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato como una acción principal, influenciada por el sistema de derecho romano-germano. El artículo 46 de la CISG regula el derecho de solicitar el cumplimiento, pudiendo consistir este por parte del comprador en exigir la entrega de las mercancías, la entrega de mercancías sustitutivas o la reparación de las mercancías defectuosas; y por parte del vendedor, en exigir el pago del precio, la recepción de las mercancías o el cumplimiento de otras obligaciones<sup>36</sup>.

Sin embargo, dicho derecho como remedio principal se ve fundamentalmente limitado debido a las distintas posturas existentes entre los sistemas del derecho anglo-ame-

<sup>35</sup> V. art. 1653 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley número 106 y art. 18 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89.

<sup>36</sup> M. P. PERALES (nota 13).

ricano y del derecho romano-germano en cuanto al cumplimiento específico<sup>37</sup>. A pesar de estar regulada la acción por incumplimiento como regla general y primordial de los sistemas romano-germanos, en el derecho anglo-americano únicamente surge en casos excepcionales. En virtud de esta dicotomía en la CISG se optó por regular el derecho de exigir el cumplimiento, pero al mismo tiempo limitarlo por circunstancias específicas.

Los límites principales están regulados en cada uno de los incisos del artículo 46 de la CISG, encontrándose algunos otros en el resto del articulado. Como se había mencionado anteriormente, es por medio del uso de conceptos y supuestos amplios y abstractos, como lo son la determinación de un incumplimiento esencial o la consideración de razonable de una reparación, que se alcanza el cometido de conciliar los distintos sistemas de derecho. Estas disposiciones de la CISG amplían el margen de interpretación de las normas y obligan a los jueces a tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso en concreto<sup>38</sup>.

El primer límite se encuentra vinculado con la acción de exigir el cumplimiento del contrato, ya que el artículo 46 en su primer inciso establece que no se puede solicitar dicho remedio si ya se ha ejercitado algún otro derecho o acción incompatible con esta, como lo son la resolución del contrato o la solicitud de indemnización por daños y perjuicios.

Además, la pretensión de cumplimiento se ve aún más limitada por el artículo 28 de la CISG. Este establece que no se puede solicitar el cumplimiento del contrato cuando, en virtud de rechazo de la parte obligada, la parte solicitante se ve obligada a acudir judicialmente a ejercer su derecho. Dicho artículo establece que si “una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención”. Una disposición que claramente pretende respetar y amparar la tradición del sistema anglo-americano<sup>39</sup>.

En el Código Civil, tanto el artículo 1437 como el 1535 contemplan como remedio, en favor del acreedor, el exigir el cumplimiento del contrato. Por ser un Código de tradición greco-romana es común que sus disposiciones contemplen este remedio. Asimismo, los mencionados artículos establecen que el ejercicio de ese derecho excluye la posibilidad de optar por el otro remedio que las mismas normas contemplan. Sin embargo, al igual que lo regulado en la CISG, ambos artículos coinciden en que exigir el cumplimiento del contrato no impide que al mismo tiempo se exija el pago de daños y perjuicios.

37 I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 4), p. 165.

38 I. SCHWENZER / P. SCHLECHTRIEM (nota 4), p. 163.

39 M. P. PERALES (nota 13).

El segundo inciso del artículo 46 de la CISG regula el ejercicio de la sustitución, derecho que se ve limitado en dos aspectos. Primero establece que la solicitud de la entrega de mercancías sustitutas únicamente procede cuando la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial y luego establece un período de tiempo en el que debe realizarse la solicitud para que la misma sea válida. Se debe comunicar al vendedor, ya sea con la notificación en la que se informe de la falta de conformidad de las mercancías o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. Adicionalmente es importante resaltar que, en virtud del artículo 82.1 de la CISG, el comprador puede perder el derecho a recibir las mercancías sustitutas si le es imposible devolver las mercancías que originalmente había recibido en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las recibió<sup>40</sup>.

En la legislación guatemalteca, a pesar de no estar expresamente regulada la sustitución, el artículo 1397 del Código Civil contempla el supuesto del pago por equivalencia en los casos en que se imposibilite la entrega de mercaderías con la misma calidad y cantidad acordada. Es claro que la norma citada no regula la acción de sustitución, sin embargo, sí regula los casos en que se imposibilita la sustitución de la cosa de la misma calidad y cantidad y, por ende, otorga al acreedor el derecho de exigir el pago por equivalencia. Esta ausencia de regulación necesariamente implica que el acreedor no puede accionar para solicitar la sustitución, sino que únicamente tiene derecho a accionar en contra del deudor en los casos en que es imposible sustituir la cosa.

El tercer remedio contractual contemplado en el inciso tercero del artículo 46 también se ve afectado por la misma limitación temporal respecto de la presentación de la solicitud de las reparaciones. Adicionalmente, la norma establece que para que proceda tal reparación la misma debe ser considerada como razonable. La calificación de “razonable” con respecto a la reparación conlleva la necesidad de realizar un examen en cada caso en concreto para lograr determinar dicha característica.

En cambio, en la legislación guatemalteca la reparación de los bienes únicamente está regulada como un derecho previo al saneamiento por vicios ocultos. El artículo 1571, al igual que la CISG, establece una limitante temporal para exigir la reparación de la cosa objeto del contrato. El Código Civil regula estrictamente el comportamiento del deudor obligándolo a responder de forma inmediata a la solicitud de reparación. En caso de no proceder el deudor con la inmediata reparación, el artículo contempla la posibilidad para el acreedor de accionar en contra del deudor por medio del saneamiento. Según la legislación guatemalteca, las acciones que puede ejercitar el adquirente por los vicios ocultos que descubre son: i) la acción redhibitoria para que se rescinda el contrato, o ii) la acción estimatoria (*quanti minoris*) para que se le devuelva del precio lo que la cosa vale me-

40 *Idem*, M. P. Perales (nota 13).

nos<sup>41</sup>. Adicionalmente, el artículo 1562 del Código Civil de Guatemala permite en ambos casos que el comprador exija el pago de daños y perjuicios si este logra probar que el vendedor conocía los defectos de las mercancías.

Como se había mencionado anteriormente, las limitaciones establecidas en la CISG logran su cometido al contemplar conceptos y supuestos amplios y abstractos como lo son la determinación de un incumplimiento esencial o la consideración de razonable de una reparación. Estas disposiciones de la CISG amplían el margen de interpretación de las normas y obligan a los jueces a tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso en concreto.

En conclusión, es notorio que en la legislación guatemalteca no se regulan la sustitución y la reparación como recursos del cumplimiento en específico para subsanar el interés del acreedor. Esta dispersa y desorganizada regulación obstruye en la determinación de las herramientas a las que cada acreedor puede optar en virtud de un incumplimiento. Esto no sucede en la CISG, en donde claramente se pueden identificar no solo los remedios por los que se puede optar, sino que los mismos se encuentran organizados y sistematizados. El acreedor puede identificar claramente bajo qué circunstancias en específico puede optar por cada remedio.

#### 4. La indemnización de daños y perjuicios

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<p><b>Artículo 74.</b> La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.</p>	<p><b>Artículo 1434.</b> Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.</p> <p><b>Artículo 1534. Efectos del contrato.</b> Los que celebren un contrato, están obligados a cumplirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo.</p> <p><b>Artículo 1535.</b> (...) El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.</p>

<sup>41</sup> V. art. 1561 del Código Civil de Guatemala, Decreto-Ley número 106.

De conformidad con la CISG la parte afectada puede optar por ejercer el derecho de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados ya sea de forma alternativa, principal o cumulativa con las restantes acciones por incumplimiento<sup>42</sup>. La indemnización no se ve reflejada como una acción subsidiaria a las restantes, ni tampoco se establece como privilegiada.

La legislación guatemalteca, no obstante, contiene una norma general sobre la indemnización de daños y perjuicios, como es el artículo 1534 del Código Civil, al regular la resolución y el cumplimiento específico, si pareciese darle a la indemnización de daños y perjuicios un papel secundario derivado del ejercicio de cualquiera de los remedios relacionados. Es decir que una parte afectada, en principio, puede optar por la resolución o el cumplimiento específico y de forma accesoria solicitar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

La CISG, para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, no se basa en la culpa o en la negligencia de la parte incumplidora como base para que la parte afectada pueda solicitar la indemnización<sup>43</sup>. Basta la existencia de un incumplimiento para facultar a una de las partes a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Esta postura de la CISG es sustancialmente distinta a la postura de la legislación guatemalteca, la cual define a la indemnización como una consecuencia derivada del incumplimiento culposo o doloso, entendiéndose por culpa cualquier acto en el que se incurra por negligencia, impericia o ignorancia que perjudique el patrimonio de la otra parte y por dolo el acto voluntario que provoca un daño o perjuicio en el patrimonio de la otra parte.

De conformidad con la CISG, los daños se limitan a las pérdidas que previó el deudor o que pudieron ser previsibles por la parte que incumplió al momento en que se celebró el contrato<sup>44</sup>. En este caso se introduce un parámetro subjetivo de la parte que incumplió para determinar si él los previó en el momento de celebración del contrato y un parámetro objetivo que se centró en los daños o perjuicios que pudo haber previsto al momento de la celebración del contrato<sup>45</sup>.

La legislación guatemalteca opta por una postura bastante distinta ya que limita los daños y perjuicios en caso de que las partes pacten la cláusula indemnizatoria a la cuantía de la obligación cuyo cumplimiento se busca resarcir (artículo 1440 del Código Civil). En caso de que las partes no hayan pactado el monto de la indemnización, no existe una norma que limite el monto por el cual debe responder la parte que incumplió, pero si la

<sup>42</sup> M. P. PERALES (nota 13).

<sup>43</sup> J. LOOKOFESKY, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en J. Herbots / R. Blanpain(eds.), *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, Suppl. 29, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 1-192, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo74.html>

<sup>44</sup> M. P. PERALES (nota 13).

<sup>45</sup> C. LU, *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*, Part IV, 2003, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html>

obligación principal o reclamada consistía en una obligación de dar dinero, se establece que los daños y perjuicios corresponderá a los intereses legales acumulados hasta el efectivo pago de la obligación.

En el artículo 74 de la CISG el concepto de daños se extiende al daño actual o daño efectivamente sufrido y el lucro cesante o ganancia dejada de obtener<sup>46</sup>. De igual manera pareciese posible que los daños pueden incluir otros tipos de daños que cumplan con el test de previsibilidad; por ejemplo, los daños directos o indirectos o el daño moral, causado o no por un acto doloso<sup>47</sup>.

Desde el punto de vista de la legislación en Guatemala, los daños y perjuicios exclusivamente se tienen contemplados como las pérdidas sufridas en el patrimonio y las ganancias lícitas dejadas de percibir, que se deriven directamente del incumplimiento del contrato. Es decir, aquellos daños indirectos no podrían ser resarcidos, salvo pacto en contrario de las partes. Respecto de los daños morales la legislación guatemalteca, en los ámbitos civil y mercantil, no los regula.

En conclusión, las disposiciones de la CISG contemplan al remedio de la indemnización de daños como una acción independiente, la cual puede ejercer la parte interesada sin que sea necesario realizar un análisis de culpa en los actos de la parte que incumplió. La legislación guatemalteca, en concordancia con la doctrina tradicional, sí requiere expresamente de la culpa o dolo como requisito para ejercer el remedio de la indemnización y además, no obstante le reconoce cierta autonomía en el artículo 1534 del Código Civil, en otras normas, como lo es la del artículo 1535, le da un carácter subsidiario frente a los recursos favorecidos por la legislación, que serían la resolución o el cumplimiento específico.

<sup>46</sup> M. P. PERALES (nota 13).  
<sup>47</sup> Idem, M. P. Perales (nota 13).

## 5. La reducción del precio

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<p><b>Artículo 50.</b> Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48, o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.</p>	<p><b>Artículo 1561.</b> Por los vicios ocultos de la cosa tiene el adquirente derecho de ejercitar, a su elección, la acción redhibitoria para que se rescinda el contrato, o la acción estimatoria para que se le devuelva del precio lo que la cosa vale menos.</p>

El primer aspecto que llama la atención sobre la regulación de la reducción del precio en la CISG es el trato independiente que se le otorga en relación con la acción por daños y perjuicios. A pesar de establecer ambos remedios una compensación monetaria, la CISG claramente diferencia entre la solicitud de reducción de precio por falta de conformidad de las mercancías, de los daños y perjuicios que pueden surgir en virtud del retraso en el cumplimiento<sup>48</sup>. Las partes de un contrato pueden, por lo tanto, optar por estos dos remedios ya sea de forma alternativa o acumulativa.

La reducción del precio es una acción muy conocida en los sistemas de derecho continental por originarse de la acción *quanti minoris* del derecho romano. En virtud de esta acción, también conocida actualmente como estimatoria, el comprador puede solicitar la reducción del precio de mercadería en los casos en que las mercaderías no fueren conformes a lo acordado. La CISG regula la falta de conformidad de las mercancías en el artículo 35 inciso primero, como la referente a la cantidad, calidad, tipo, envasado o embalaje, así como la falta de conformidad jurídica, cuando son entregadas, entre otros, sin estar libres de pretensiones o gravámenes, según lo establecido en los artículos 41 y 42<sup>49</sup>.

La norma además identifica dos situaciones distintas en las que se puede ejercer o solicitar el respectivo derecho, dependiendo de si se ha pagado o no el precio de la mercadería. Si el comprador no ha pagado el precio, este ostenta el derecho unilateral de reducir el precio de la venta sin necesidad de acudir ante un juez para la determinación del monto. Ahora bien, si el comprador ya ha pagado el precio, este tiene el derecho a so-

<sup>48</sup> M. MÜLLER-CHEN, "Derechos y Acciones en caso de Incumplimiento del Contrato por el Vendedor" en: I. SCHWENZER / E. MUÑOZ-SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Tomo II, 1ª ed., España, Aranzadi, 2011, p. 1326.  
<sup>49</sup> M. P. PERALES (nota 13).

licitar que se le devuelva la parte que corresponde a la reducción<sup>50</sup>. Es importante resaltar el hecho de que la CISG también se preocupó por contemplar en la norma el cómputo de la reducción del precio.

En primer término, es importante aclarar que la acción estimatoria se encuentra regulada en el Código Civil de Guatemala únicamente como un efecto del saneamiento.

Sin embargo, para poder optar por la protección de dicha institución es necesario que los vicios o defectos ocultos se ajusten a dos situaciones en particular: i) cuando los mismos hagan impropia o inútil la cosa enajenada para el uso a que se destina, o ii) cuando disminuyen su uso de tal modo que, de haberlos conocido el adquirente, no hubiera aceptado la cosa o el precio convenido<sup>51</sup>. Por ende, se podría entender que el ejercicio de la acción de reparación de conformidad con la legislación guatemalteca se encuentra aún más limitado que en la CISG. El artículo 1559 del Código Civil intenta subsanar únicamente aquellas situaciones en las que el interés del acreedor se ve sustancialmente afectado, hasta pudiéndose interpretar como un incumplimiento esencial.

En conclusión, la CISG permite acceder al remedio de la reducción del precio por circunstancias que determinen que las mercaderías “no fueren conformes al contrato”. La Convención utiliza una terminología ambigua y amplia, lo cual conlleva a dejar a discreción de los jueces la legitimidad de utilizar el remedio, sin ser necesario que el defecto o incumplimiento sea “esencial”<sup>52</sup>. Por el otro lado, la legislación guatemalteca regula bajo qué circunstancias se puede optar por la reducción: cuando los vicios hagan inútil o impropia la cosa o cuando le disminuyan el uso de tal forma que la vuelva obsoleta para el comprador. De estas circunstancias se puede concluir que la norma, para permitir el ejercicio de este remedio, busca restringirlo a aquellos casos en que el incumplimiento del contrato recae sobre características sustanciales de la cosa. Un escenario que de la misma manera se encuentra descrito en la CISG como un incumplimiento esencial<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> M. MÜLLER-CHEN (nota 48), p. 1327.

<sup>51</sup> V. art. 1559 del Código Civil de Guatemala, Decreto-Ley número 106.

<sup>52</sup> M. MÜLLER-CHEN (nota 48), p. 1328.

<sup>53</sup> V. art. 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

## 6. La suspensión del contrato

CISG	CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA
<b>Artículo 71.</b> 1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplir o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.	<b>Artículo 1540.</b> Si después de celebrado un contrato bilateral sobreviniere a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantías suficientes.

En principio, cuando las partes contratan, en virtud del principio de pacta sunt servanda, no deberían poder liberarse del cumplimiento de sus obligaciones; no obstante lo anterior, la CISG faculta a una parte a que pueda suspender el cumplimiento de su obligación cuando existe una probabilidad real de que la otra parte incumpla con una parte sustancial de sus obligaciones. La razón de este derecho es evitar, en la medida de lo posible, que una parte realice actos en cumplimiento del contrato cuando es altamente probable que dicho cumplimiento le cause un daño grave, tomando en cuenta que es probable que la otra parte no cumpla<sup>54</sup>.

Ahora bien, la CISG para que pueda ejercerse esta facultad optó por exigir la concurrencia de requisitos que fueran difíciles de alcanzar (“high threshold”), de tal manera que no se pudiera abusar de este remedio. En primer lugar, se debe entender que la suspensión de la ejecución es un mecanismo para anticiparse a un posible incumplimiento, es decir que se actúa previo a la existencia del mismo. Este punto tiene relevancia ya que debe resultar manifiesto que existirá el incumplimiento futuro, debiéndose para el efecto analizar los actos de cumplimiento de la obligación, así como los actos preparatorios, como podrían serlo los acuerdos preparatorios con los porteadores para el envío de las mercancías o la entrega de documentos de embarque<sup>55</sup>. Este análisis es subjetivo respecto de quien ejerce el remedio, ya que este tiene que demostrar que, desde su punto de vista, era manifiesto y aparente para él que el incumplimiento de la otra parte iba a ocurrir.

Un segundo parámetro que limita el ejercicio del remedio es que el posible incumplimiento debe recaer sobre una parte sustancial de las obligaciones de una de las partes del contrato. En este punto es conveniente notar que la CISG no indica que debe ser una obligación esencial, por lo que quedaría excluido del análisis el artículo 25 de la CISG, debiéndose realizar un análisis amplio del caso en concreto para determinar la sustancialidad del incumplimiento frente a las obligaciones a que se había sujetado la parte

<sup>54</sup> C. Liu, Suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2a ed., 2005, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>

<sup>55</sup> Idem, C. Liu (nota 54).

que potencialmente iba a incumplir el contrato<sup>56</sup>. Adicionalmente la CISG, para evitar que exista subjetividad respecto de la sustancialidad del incumplimiento, requiere que dicho incumplimiento derive de: a) un grave menoscabo de la capacidad del deudor para cumplir sus obligaciones o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. De esta manera se limitan sustancialmente las circunstancias que se pueden alegar para ejercer el remedio y se incluyen parámetros más objetivos como limitaciones<sup>57</sup>.

La legislación de Guatemala regula en el artículo 1540 del Código Civil el remedio de la suspensión del cumplimiento de las obligaciones. Dicho remedio es conocido en la doctrina como la *exceptio non adimpleti contractus*. El Código Civil sigue a grandes rasgos la postura de la CISG, que es limitar en la medida de lo posible el uso de este remedio para que no pueda abusarse del mismo. En congruencia con ello, el Código Civil únicamente permite que se realice la suspensión del cumplimiento de la obligación cuando una parte sufre una disminución de su patrimonio que comprometa o haga dudoso el cumplimiento de la obligación de la contraparte. El Código Civil no contempla expresamente a una situación de quiebra o insolvencia del deudor, razón por la cual el análisis relevante no debe recaer sobre una cuantificación del menoscabo del patrimonio del deudor, sino que, sobre todo, debe determinarse si dicha pérdida trae consigo la alta probabilidad de que el deudor ya no pueda cumplir con su obligación.

En este punto se debe resaltar que la CISG no restringe la causa del incumplimiento a un menoscabo del patrimonio, ya que permite que existan otras circunstancias no expresadas como causas del incumplimiento, siempre y cuando las mismas se exterioricen a través del comportamiento del deudor al momento en que este se dispone a cumplir o cuando cumple su obligación.

En la legislación guatemalteca, al igual que la CISG, se reconoce que la parte contra la cual se ejerce el remedio puede solicitar el cumplimiento a la otra, siempre y cuando aquella dé garantías adecuadas.

En conclusión, tanto la CISG como el Código Civil guatemalteco permiten que se ejerza el remedio de la suspensión del cumplimiento de una obligación en circunstancias excepcionales y limitadas, tratando de esta forma de evitar que exista un abuso de este remedio. Ahora bien, la CISG contempla parámetros más amplios que permiten que distintas circunstancias puedan facultar a una parte para suspender su obligación, mientras que el Código Civil es claro en determinar que el ejercicio del remedio depende de una disminución en el patrimonio de una de las partes que haga probable el incumplimiento de su obligación contractual.

<sup>56</sup> Idem, C. Liu (nota 54).

<sup>57</sup> Idem, C. Liu (nota 54).

# La Nueva Guía de la OEA para los Contratos Internacionales y la Convención de Viena sobre Compraventa<sup>1</sup>

José Antonio Moreno Rodríguez<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Desarrollos en los siglos XIX y XX. III. Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya. IV. ¿Y ahora qué en las Américas? V. El camino hacia la nueva guía de la OEA. VI. Contenido de la Guía de la OEA. VII. La Convención de Viena en la Guía de la OEA. VIII. Conclusión.

## I. Introducción

En febrero de 2019 el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*<sup>3</sup>.

La problemática del derecho aplicable a la contratación internacional se muestra, aún hoy, caótica en gran parte del orbe. Luego de una referencia histórica sobre los esfuerzos continentales y mundiales para abordarla, esta contribución hará alusión al nacimiento y el contenido de esta nueva guía de la OEA, como así también a su potencial para promover un mayor desarrollo del derecho uniforme, con especial referencia, a este respecto, a

<sup>1</sup> Este artículo contiene extractos de la traducción al español de la ponencia preparada para el encuentro "Towards a Global Framework for International Commercial Transactions" (Lucerna, Suiza, 9 de septiembre de 2016), organizado por la Universidad de Lucerna y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. También incluye textos extractados de una contribución para el *Festschrift* que será publicado próximamente en Alemania en Honor al Profesor Herbert Kronke. Contribuyó en la traducción de ambos textos José Antonio Moreno Bendlin. Esta contribución copia también diversos extractos de la guía de la OEA en la que actuó como relator el Dr. Moreno Rodríguez.

<sup>2</sup> LL.M. Harvard, 1993. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) y Relator de la Guía de la OEA sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que elaboró los Principios de La Haya sobre Contratos Internacionales. Delegado ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Anterior Presidente y Secretario General de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y Presidente de su Grupo de Trabajo de Contratos de Inversiones en Tierras Agrícolas. Exmiembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Miembro de Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y Árbitro en casos ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA) y otros centros arbitrales. Profesor en varias universidades y autor de publicaciones en las Américas, Europa y Asia. Presidente del CEDEP ([www.cedep.org.py](http://www.cedep.org.py)). Miembro del estudio jurídico Altra Legal ([www.altralegal.com](http://www.altralegal.com)). Web personal: [www.jmoreno.info](http://www.jmoreno.info).

<sup>3</sup> Ver en: [http://www.oas.org/es/sla/cji/comite\\_juridico\\_interamericano.asp](http://www.oas.org/es/sla/cji/comite_juridico_interamericano.asp).

la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, nacida en Viena en el año 1980<sup>4</sup>.

## II. Desarrollos en los siglos XIX y XX

Movimientos nacionalistas en Europa y las Américas frenaron la idea de un derecho universal, alejándose del *ius commune* y la *lex mercatoria* que se habían consolidado en tiempos medievales. A lo largo de las jurisdicciones con tradición civilista las naciones-Estados sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que países de tradición anglosajona desarrollaron su derecho autóctono con base en precedentes jurisprudenciales. Esto, a su vez, ha dado un peculiar impulso al derecho internacional privado, como una disciplina destinada a resolver el rompecabezas del “conflicto de leyes” –o conflictualismo–, en tiempos en que las soluciones nacionales que buscaban abordar el problema resultaron alarmantemente contradictorias<sup>5</sup>. “Lugar de ejecución”, “lugar de cumplimiento” y otras fórmulas fueron, por ejemplo, poruestas para resolver temas referentes al derecho aplicable a un contrato internacional.

El jurista alemán Savigny fue muy influyente hacia mediados del siglo XIX, con su idea de unificar estas fórmulas en un tratado internacional que vinculara a todas las naciones que lo ratificaran<sup>6</sup>. Esta propuesta condujo a la inauguración de la *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* en 1893, bajo el liderazgo del jurista holandés Asser<sup>7</sup>. Sin embargo, como se verá enseguida, más de cien años pasarían antes de que la Conferencia de La Haya –convertida en cuerpo permanente en 1955– pasara a ocuparse del derecho aplicable en los contratos internacionales.

Mientras tanto, las Américas tomaron la delantera. Uno de los *Tratados de Montevideo* de 1889, firmados en esa misma ciudad (el de *Derecho Civil Internacional*), específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio en relación a la autonomía de las partes<sup>8</sup>. Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 1940 nuevos tratados fueron firmados en Montevideo (ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay) que reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable y una regla general –con excepciones– de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos nuevos tratados

dispusieron que cada Estado debería determinar por su cuenta la aceptación o no del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil<sup>9</sup>, Paraguay<sup>10</sup> y Uruguay<sup>11</sup>.

Muchos otros Estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no incorporaron los Tratados de Montevideo. En cambio, ratificaron el llamado *Código Bustamante* de 1928, adoptado como resultado de la Sexta Conferencia Panamericana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este Código, que regula varias cuestiones de derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho aplicable, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de ejecución. Así también, el instrumento ha levantado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de las partes<sup>12</sup>.

Para mediados del siglo XX existía un sentimiento generalizado de que los documentos mencionados previamente, adoptados en las Américas, resultaban insatisfactorios, primero, debido a las soluciones cuestionables que proponían y, segundo, debido a las divergencias entre los mismos. Para empeorar la situación, algunos Estados americanos –notablemente, aquellos de tradición anglosajona– no habían ratificado ninguno de estos instrumentos.

El establecimiento de la OEA en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante y, en su lugar, optó por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito de derecho internacional privado<sup>13</sup>. Esta idea empezó a convertirse en realidad en 1975 con la primera *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIP), convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de derecho comercial y procesal internacional. Hasta la fecha han sido llevadas a cabo siete CIDIPs, las que han resultado en la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo)<sup>14</sup>.

No fue hasta la CIDIP V, llevada a cabo en la Ciudad de México en el 1994, que se abordó la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales.

9 N. DE ARAUJO, *Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Librería y Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 320-324.

10 Ver mi artículo sobre la “Autonomía de la Voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo”, en el Libro *Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 409 y siguientes.

11 Puede verse un amplio recuento en C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. Operetti Badán, “El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización”, en Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año VI, N° 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

12 Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un “derecho local contrario”. (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Acerca de la Necesidad y las Posibilidades de una Convención Interamericana sobre Competencia Judicial en Casos de Derecho Internacional Privado*, pp. 120-121).

13 Ver, por ejemplo, en: J.M. ARRIGHI, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001; E. VILLALTA, “El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano”, en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 23 y siguientes.

14 Ver en: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado\\_conferencias.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm).

4 Ver en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

5 De hecho, la disciplina se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX. (G. KEGEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, Fundamental Approaches, J. C. B. MOHR (P. SIEBECK) / TUBINGEN / MARTINUS NIHOFF PUBLISHERS / DORDRECHT / BOSTON / LANCASTER, 1986, p. 5).

6 M. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Tomo Sexto, Segunda Edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 137.

7 En 1881 el jurista y político italiano Mancini intentó llevar adelante una conferencia de derecho internacional privado, que no se realizó. La iniciativa fue retomada por el flamenco Asser, bajo cuya influencia el gobierno de su país invitó en 1892 a principales Estados europeos a una conferencia para acordar codificación internacional de conflictos de leyes (M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, p. 44). Tal constituye la génesis de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

8 Sobre las críticas, ver, por ejemplo, en D. HARGAIN / G. MIHALI, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo / Buenos Aires, Julio César Faura Editor, 1993, p. 31, p. 39. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, ver en: R. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

El instrumento resultante fue la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, conocida comúnmente como la “Convención de México”. Este documento claramente reconoce la autonomía de las partes (Artículo 7) y, en ausencia de elección, prevé la fórmula de la “conexión más cercana” (Artículo 8), la cual puede llevar tanto a la aplicación del derecho nacional como del derecho no estatal (es decir, principios del derecho comercial internacional, *lex mercatoria*, etcétera)<sup>15</sup>. En todo caso –haya habido o no elección– la Convención de México dispone que el derecho no estatal debe ser tomado en consideración si la justicia o la equidad así lo requieren<sup>16</sup>.

Sin embargo, la Convención de México fue ratificada solo por dos Estados: México y Venezuela. El instrumento europeo comparable con relación a la elección de derecho aplicable, conocido como el *Convenio de Roma* de 1980, ha gozado de un destino distinto. Este documento, adoptado por varios Estados europeos, en 2008 fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado *Roma I*), lo que lo hizo aplicable –inicialmente con algunas excepciones– a toda la Unión Europea. Así como la Convención de México, el Convenio de Roma resuelve la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Lamentablemente, incluye soluciones criticadas que favorecen el lugar de la prestación característica ante la ausencia de elección<sup>17</sup> y, además, descarta la aplicabilidad del derecho no estatal<sup>18</sup>.

El Convenio de Roma se tornó relevante no solo por su adopción por el bloque europeo, sino también debido a su influencia en el proyecto de elaboración de la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en la preparación de un instrumento que aborda la cuestión a una escala global.

### III. Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya

El éxito de la Convención de Roma llevó a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a encarar estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global. Este emprendimiento fue descartado tras haberse considerado las dificultades de obtener una ratificación masiva del instrumento propuesto, cuya falta haría del proyecto un fracaso<sup>19</sup>. Sin embargo, la cuestión fue revisitada en los últimos años y los estudios de viabilidad que se llevaron a

15 Así lo entendió Juenger, delegado de los Estados Unidos en las deliberaciones conducentes a la Convención de México. F.K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, en: 60 *Louisiana Law Review*, 2000, pp. 1133-1148. La relevancia de esta opinión la resalta Siqueiros, redactor del proyecto de dicho instrumento, pues Juenger fue quien propuso la fórmula recogida en este artículo luego de un arduo debate y a modo de compromiso. J.L. SIQUEIROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223. Con respecto a una norma similar incluida en la ley venezolana de derecho internacional privado, la Suprema Corte de Venezuela ha sentado que la fórmula de la conexión más cercana lleva a la *lex mercatoria*, que se encuentra conformada por costumbres comerciales y prácticas. *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA* (Exp. 2014-000257), de 2014.

16 Lo que está expresado en otras palabras en el instrumento. Al respecto, el Artículo 10 de la Convención de México dispone: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

17 Ver G.A. BERGMANN, “Rome I: A Comparative View”, en: F. FERRARI / S. LEBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 350.

18 Ver críticas a esto en: M.J. BONELL, “El reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) – Es decir, una ocasión perdida”, en: J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRIGUEZ (eds.) *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010.

19 Ver en: M. PÉREZ GÁS / I. RADIC, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, en: J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRIGUEZ (eds.) *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, p. 341.

cabo entre el 2005 y 2009 indicaron que tal vez un tipo de instrumento diferente podría resultar exitoso y efectivo<sup>20</sup>.

Con este propósito, se convino en 2009 un Grupo de Trabajo<sup>21</sup>, el cual avanzó en la idea de –en vez de pretender la adopción de un tratado o instrumento de derecho duro o *hard law*– elaborar un instrumento de derecho blando *soft law*, inspirado en cuanto a la técnica de redacción en los muy elogiados *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborados por el Instituto de Roma, conocido también por su acrónimo francés UNIDROIT<sup>22</sup>. Los Principios UNIDROIT desarrollan cuestiones de derecho sustantivo mientras que los Principios de La Haya –como son comúnmente referidos– se limitan a tratar cuestiones de elección de derecho aplicable, específicamente en relación a la autonomía de las partes.

La cuestión de la ausencia de elección no fue abordada en los Principios de La Haya, debido a que ello hubiese hecho del proyecto uno demasiado ambicioso, y quizás también porque tendría poco sentido regular el tema en un instrumento de *soft law*<sup>23</sup>. Dado que los Principios de La Haya –así como los Principios UNIDROIT– no están destinados a ser adoptados formalmente por Estados, su aplicabilidad normalmente será el resultado de haber sido seleccionados por las partes como derecho aplicable, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sin lugar a dudas, también se prevén otras formas de aplicación de los Principios de La Haya, notablemente como un modelo para legisladores y como herramienta de interpretación para jueces y árbitros, lo que podría justificar su futura ampliación. Sin embargo, está visto, la versión actual de los Principios –adoptada en primer lugar por una sesión diplomática de la Comisión Especial en el 2012<sup>24</sup> y finalmente por una resolución del Consejo en el 2014<sup>25</sup>– solo desarrolla cuestiones relacionadas a las partes y limitaciones a este respecto, prescriptas por el orden público.

Los Principios de La Haya, bien recibidos en prestigiosos círculos internacionales<sup>26</sup>, han sido citados por una Corte de Apelaciones Argentina como herramienta interpretativa<sup>27</sup> y han influenciado de manera notoria la promulgación de legislación en el Paraguay

20 Puede accederse a los trabajos preparatorios a través del sitio [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

21 N. B. COHEN (Estados Unidos); The Hon. JUSTICE CLYDE CROFT (Australia); S. E. DARANKOUM (Canadá); A. DICKINSON (Australia); A. S. EL KOSHERI (Egipto); B. FALVARQUE-COSSON (Francia); L. G. E. SOUZA JR. (Brasil); F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ (España); D. GIRSBERGER (Suiza); Y. GUO (China); M. E. KOPPENOL-LAFORCE (Países Bajos); D. MARTINY (Alemania); C. MCLACHLAN (Nueva Zelanda); J. A. MORENO RODRIGUEZ (Paraguay); J. L. NEELS (Sudáfrica); Y. NISHITANI (Alemania); R. F. OPPONG (Reino Unido); G. SAUMIER (Canadá) e I. ZYKIN (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M. J. BONELL (UNIDROIT); F. BORTOLOTTI (Cámara de Comercio Internacional); T. LEMAY (CNUDMI); F. MAZZA (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. REICHERT (International Bar Association) y P. WERNER (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. KADNER GRAZIANO (Suiza) y S. SYMEONIDES (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el derecho norteamericano.

22 Ver en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

23 Esto fue discutido ampliamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, de las que fui parte.

24 [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt2012e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf)

25 [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135)

26 Ello si bien la admisión del derecho no estatal en los Principios de La Haya se encontró con los resentimientos de una coalición de “hombres del ayer”. S.C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143. Algunos critican la admisión en sí del derecho no estatal en el instrumento (R. MICHAELS, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2386186](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186), V a y b, y vi), en tanto que otros cuestionan el cambio introducido por la sesión de la Comisión Especial en La Haya de 2012 que alteró la propuesta del Grupo de Trabajo (A. DICKINSON, “A principled approach to choice of law in contract”, en 2 *Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, p. 152).

27 D.G. Belgrano S.A. v. Procter & Gamble Argentina S.R.L. [2013] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A. Este precedente es incluso anterior a la aprobación del texto final de los Principios de La Haya, por lo que la referencia está hecha a un borrador del mismo.

(Ley 5393 de 2015)<sup>28</sup>, así como una propuesta de reforma al derecho australiano en la materia<sup>29</sup>. El ejemplo paraguayo volverá a ser mencionado más adelante.

#### IV. ¿Y ahora qué en las Américas?

Aunque los Principios UNIDROIT hayan marcado a los Principios de La Haya en cuanto a su técnica de elaboración, estos fueron sumamente influenciados, en cuanto a su contenido, por las soluciones propuestas tanto en el Convenio de Roma como en la Convención de México.

Más de veinte años han transcurrido desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de La Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para encontrar soluciones a ciertas cuestiones nuevas, como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula de elección de derecho aplicable del contrato principal. Más aún, este instrumento de *soft law* ha incorporado mejores soluciones a ciertas cuestiones que, en la elaboración del instrumento interamericano, habían sido objeto de soluciones de compromiso debido a la complejidad de las negociaciones cuando se pretende la adopción de un tratado. Esta situación se dio, particularmente, con relación al derecho no estatal.

Ahora, ¿qué sigue para las Américas? ¿Insistirá la región en la ratificación de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Quizás se debería preparar una ley modelo? La última pregunta ha ganado particular impulso tras la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Recientemente, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA analizó todas estas alternativas tras haber circulado un cuestionario entre los Estados miembros de la organización y especialistas reconocidos del derecho internacional privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano<sup>30</sup>.

Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta es si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el esfuerzo. Una posible respuesta es que dicho documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas y, además, que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés

del instrumento original, la cual fue criticada por juristas angloparlantes.

Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención resulta muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos –como las leyes modelo y guías legislativas– han demostrado ser medios efectivos para armonizar soluciones de derecho internacional privado. En última instancia, sería mucho más efectivo para los Estados americanos el adoptar leyes nacionales acordes con las prácticas respaldadas por la OEA y por la Conferencia de La Haya, aplicables a todas las transacciones internacionales, en vez de promover la adopción de tratados como la Convención de México y su eventual modificación, lo que afectaría solamente a las partes contratantes de los países que la hayan ratificado.

Entonces, una ley modelo o una guía legislativa podrían ser una buena idea. Pero, ¿por qué simplemente una guía “legislativa”? ¿Por qué no una guía que sirva también para jueces, árbitros, partes contratantes y académicos?

La propuesta combina lo mejor de los dos mundos: en primer lugar, esta guía servirá como un instrumento educacional. Esto no es algo menor, considerando que una de las razones por las cuales la Convención de México ha encontrado una fuerte resistencia fue por la falta de información con relación a su contenido e implicaciones. Una guía podría superar este obstáculo.

En segundo lugar, la guía será una herramienta disponible para legisladores que tendrá en cuenta desarrollos recientes consagrados en los Principios de La Haya y que también cubrirá materias no abordadas expresamente en los mismos pero que fueron reguladas en la Convención de México, específicamente con respecto a la ausencia de elección de derecho.

En tercer lugar, la guía puede aprovecharse del hecho de que UNIDROIT, la CNUDMI y la Conferencia de La Haya están previendo un documento que explique la interacción entre los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena sobre la Compraventa y los Principios de La Haya<sup>31</sup>. Referencia sobre esta interacción se puede hacer, también, con respecto al documento de la OEA.

Finalmente, la guía puede erigirse en una poderosa herramienta interpretativa en manos de jueces, árbitros y partes, considerando las incertidumbres alarmantes que todavía persisten en la materia de contrataciones internacionales. El instrumento expondrá soluciones basadas en el sentido común y altamente debatidas, que se encuentran tanto en los Principios de La Haya como en la Convención de México, explicando sus complejidades.

Otro factor importante a considerar con esta técnica de elaboración normativa es que,

<sup>28</sup> Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: J. A. MORENO RODRIGUEZ, “The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?”, en *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Unidroit (ed.), 2016.

<sup>29</sup> Esto fue relatado por Brooke Marshall, en el congreso “Towards a Global Framework for International Commercial Transactions”, referido en la nota 1.

<sup>30</sup> La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, accesible en: [www.asadip.org/v2/?p=5535](http://www.asadip.org/v2/?p=5535).

<sup>31</sup> <https://assets.hcch.net/docs/76dde3f7-1c46-4875-a06b-7c68042e7e28.pdf>

a diferencia de una convención, texto de derecho *duro*, la guía no requiere pasar por el costoso y engorroso proceso de adopción diplomática como el de las CIDIPs. El Comité Jurídico Interamericano tiene, entre sus facultades, la de elaborar instrumentos de derecho *blando* o *soft law*<sup>32</sup>.

## V. El camino hacia la nueva guía de la OEA

Se puede ver la luz al final del túnel. El nacimiento de la Convención de México generó enormes expectativas que no fueron alcanzadas por los acontecimientos que le siguieron, en particular, por el número escaso de ratificaciones, a pesar de los elogios que le han sido conferidos en círculos internacionales de académicos líderes en derecho internacional privado.

Actualmente, el fénix podría estar resurgiendo de entre sus cenizas, como fue evidenciado por dos acontecimientos recientes claves: la adopción de los Principios de La Haya y la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre contratos internacionales.

Esta última sirve como modelo de cómo los Principios y la Convención de México pueden interactuar espléndidamente. ¿Por qué?

En lo que respecta a la selección del derecho, el legislador paraguayo entendió que los Principios de La Haya se encontraban alineados pero representan un avance sobre el texto de la Convención de México, muchos años luego de su entrada en vigor. Y, entre otros usos, los Principios de La Haya tienen como objetivo precisamente servir como modelo a los legisladores. La membresía en la Conferencia de La Haya incluye a 14 Estados Miembros de la OEA<sup>33</sup> y en el grupo de trabajo que redactó el documento se encontraban representantes de la región<sup>34</sup>. Consecuentemente, podría decirse que los Principios de La Haya reflejan una incorporación de perspectivas de las Américas.

Sin embargo, dichos principios solo se aplican en materia de selección del derecho aplicable a los contratos internacionales; los mismos no cubren casos en los que no hubo selección del derecho. Y en este tema el legislador paraguayo siguió a la Convención de México, lo que podría ser un modelo deseable a seguir.

<sup>32</sup> Los orígenes del organismo pueden remontarse al año 1906 y actualmente se encuentra regulado en la Carta de la OEA, en sus Artículos 99 a 105, que establecen su finalidad de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y estudiar la posibilidad de armonizar las legislaciones de los países del continente. Está compuesto por 11 miembros elegidos de entre los Estados que componen la OEA. Como lo señala Negro, "su homóloga es la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, pero, a diferencia de esta, el CJI puede también realizar por iniciativa propia los estudios y trabajos que considere convenientes. A diferencia de la CDI también puede, y de hecho lo ha venido haciendo, ocuparse de asuntos relativos al derecho internacional privado". Una rápida mirada a los informes y propuestas que el CJI ha elaborado recientemente atestiguan la importancia de la labor que realiza. Solo en los últimos cuatro años el CJI ha aprobado una Guía Legislativa sobre la privacidad y la protección de datos personales en las Américas (2015), unos Principios sobre recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas (2016), unos Principios y Directrices sobre la defensa pública en las Américas (2016), unas Recomendaciones para fortalecer el ordenamiento jurídico interamericano en materia de bienes patrimoniales culturales (2017), una Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales (2018), y más recientemente una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas (2019). Además de ello, dentro de la agenda actual de trabajo del CJI están también incluidos temas relevantes del derecho internacional privado tales como la actualización de los principios sobre la protección de datos personales, la actualización de los principios sobre recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas, la liquidación y disolución de las sociedades simplificadas, y el estudio de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. D. Negro, "Redefiniendo el Rol de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs)", en *Jornadas 130 Aniversario, Tratados de Montevideo de 1889*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, pp. 724-726.

<sup>33</sup> Varios de ellos representados en la sesión diplomática que recomendó la aprobación del documento. La reunión de la Comisión Especial sobre Elección de Derecho en Contratos Internacionales se llevó a cabo el 16 de noviembre del 2012; el reporte se encuentra en: <https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf>.

<sup>34</sup> L. G. E. Souza Jr. (Brasil) y J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay).

Teniendo a mano estos antecedentes recientes de los Principios de La Haya y la nueva ley paraguaya, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA preparó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*, la cual debería coadyuvar a que la Convención de México sea incorporada a los derechos nacionales, ya sea a través de la ratificación estatal o ya sea por la adopción de sus soluciones en las leyes de derecho internacional privado de los Estados –en cuyo caso sería deseable incorporar, además, los avances acogidos por los Principios de La Haya, como fue hecho en el Paraguay–.

La guía encuentra antecedentes en numerosos trabajos. En el año 2015, ante la iniciativa de la Dra. Elizabeth Villalta en el seno del Comité Jurídico Interamericano –cuya membresía integraba a la sazón–, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA procedió a enviar un cuestionario a los gobiernos de las Américas con respecto al tema de contratación internacional<sup>35</sup>. Estas respuestas han derivado en que el Comité y el referido Departamento elaboraran un informe sobre el estado de la cuestión<sup>36</sup>. El Comité decidió finalmente avanzar en la elaboración de una guía sobre el tema, a cuyo efecto el aludido departamento elaboró una sinopsis bien completa incluyendo diversas cuestiones a ser tratadas<sup>37</sup>, incluyendo allí información relevada de varios juristas de la región que gentilmente comprometieron su apoyo con respecto a sus derechos nacionales. Así también, la Dra. Elizabeth Villalta elaboró un comparativo entre la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya, ambos sobre contratos internacionales, lo cual también resultó muy útil como material preparatorio<sup>38</sup>.

Contando con el apoyo de todos estos insumos, y con el permanente acompañamiento del Departamento de Derecho Internacional de la OEA<sup>39</sup>, bajo relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez se ha procedido a redactar el primer borrador en español. Nuevamente con el apoyo del referido Departamento, dicho material fue traducido al inglés por el equipo de traducción de la OEA para ser considerado en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano<sup>40</sup>. En ella el Comité ha debatido acerca del trabajo presentado y formulado observaciones sobre la labor realizada. Particularmente, se solicitó que la guía fuera bien explícita sobre las cuestiones en las que existe mayormente consenso y sobre aquellas a cuyo respecto se plantean soluciones divergentes, fijándose en este último caso posiciones o recomendaciones bien concretas. Finalmente, en febrero de 2019 se presentó a la sesión del Comité Jurídico

<sup>35</sup> "Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado", documento CJI/doc.481/15.

<sup>36</sup> "La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus principios en las Américas", Documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; ver también el documento "El derecho aplicable a los contratos internacionales", documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1).

<sup>37</sup> "Fomentación del derecho contractual internacional en las Américas – Una guía a los principios jurídicos", documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.XX/16)

<sup>38</sup> "El derecho aplicable a los contratos internacionales", documento CJI/doc.464/14 rev.1.

<sup>39</sup> Encabezado por el jurista Dante Negro y con una dedicación de tiempo muy importante asignada al proyecto y una participación y aportes importantes de la también jurista Jeannette Tramhel, que ha contado además con la asistencia de colaboradores dentro de esa dependencia.

<sup>40</sup> La cuestión de la guía en materia de contratación internacional vino siendo tratada en sesiones del Comité Jurídico de marzo de 2016 en Washington y octubre de 2016 y marzo de 2017 en Río de Janeiro.

Interamericano el segundo borrador de la guía, que fue objeto de aprobación final<sup>41</sup>.

La guía cuenta con menos páginas que las inicialmente pensadas, considerándose la extensión del tema, y también que muchas guías aprobadas por organismos codificadores universales cuentan con bastante mayor extensión. Ha sido orientación dada por el Comité Jurídico de que el documento no fuera muy extenso y resulte lo más sencillo posible. Tal objetivo ha sido perseguido para la elaboración del texto que, por lo demás, evita en lo posible tecnicismos exagerados o continuas remisiones o incluso notas al pie, salvo las consideradas estrictamente necesarias.

La guía también tiene presente, de manera recurrente, los principales instrumentos existentes en el tema, como el reglamento europeo Roma I y particularmente la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya de 2015. Las disposiciones de estos instrumentos, e incluso algunos comentarios de los Principios de La Haya, se hallan muchas veces copiados literalmente en el texto de la guía a fin de no perderse fidelidad a los mismos.

En lo relativo específicamente al derecho aplicable al arbitraje, la guía tuvo en cuenta particularmente la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*, ratificada por alrededor de 160 Estados<sup>42</sup>. La Guía también hace continua referencia a la *Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI* de 2005, enmendada en 2006<sup>43</sup>. La Convención de Nueva York fue ratificada por casi todos los Estados de las Américas<sup>44</sup> y la Ley Modelo de la CNUDMI ha promovido la armonización e inspirado reformas jurídicas a lo largo del continente<sup>45</sup>.

En su proceso de elaboración la guía se benefició con importantes comentarios emitidos por diversos juristas y organizaciones<sup>46</sup>. Diversos aportes provienen también de connotados árbitros o académicos relacionados al mundo del arbitraje<sup>47</sup>. Varios de los juristas consultados son, además, autoridades y miembros de la prestigiosa Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), que aglutina a máximos especialistas de la materia en la región. Por Declaración fechada el 10 de enero

<sup>41</sup> La asamblea general de la OEA, en su 49 período ordinario de sesiones llevado adelante en Medellín, Colombia, del 26 al 28 de junio de 2019, ha resuelto "1. Agradecer al Comité Jurídico Interamericano (CJI) por la remisión de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas y de la Guía Práctica de Aplicación de la Inmunidad Jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, tomar nota de las mismas, y exhortarlo a que les dé la más amplia difusión posible por intermedio de su Secretaría Técnica". Ver en <http://www.oas.org/es/49ag>.

<sup>42</sup> La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Firmada el 10 de junio de 1958, entrando en vigor el 7 de junio de 1959. 330 UNTS 3. Actualmente disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

<sup>43</sup> [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

<sup>44</sup> Las excepciones son Belice, Granada, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y Surinam.

<sup>45</sup> Ley Modelo de la CNUDMI. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html). Legislaciones basadas en la Ley Modelo fueron adoptadas en los distintos Estados Miembros de la OEA: Canadá (federalmente y en todas sus provincias y territorios), Chile, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, Estados Unidos (algunos estados) y Venezuela. Asimismo, Argentina ha avanzado hacia una nueva legislación (Ley de Arbitraje, aprobada el 26 de julio de 2018). Uruguay también aprobó una legislación que adopta la Ley Modelo. <http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/>.

<sup>46</sup> El borrador de la Guía fue considerado por la CNUDMI, UNIDROIT, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y por prominentes juristas, como Hans Van Loon, Daniel Girsberger, Jürgen Samtleben, Diego Fernández Arroyo, Joachim Bonell, Geneviève Saumier, Alejandro Garro, Marta Pertegás, Luca Castellani, Anna Veneziano, Paula All, Neale Bergman, Brooke Marshall, María Blanca Noodt Taquela, Nádia de Araújo, Cristian Giménez Corte, Laura Gama, Frederico Giltz, Valerie Simard, Jaime Gallegos, Ignacio García, Francisco Grob D., Antonio Agustín Aljure Salame, Lenin Navarro Moreno, Elizabeth Villalta, Pedro Mendoza, Nuria González, Mercedes Albornoz, Jan L. Neels, David Stewart, Antonio F. Pérez, Soterios Loizou, Cecilia Fresnedo, Claudia Madrid Martes, Eugenio Hernández Bretón, Gustavo Moser, Anayansy Rojas y José Manuel Canelas. La American Bar Association (Section on International Law) también proveyó valiosos comentarios, al igual que el Departamento de Justicia de Canadá.

<sup>47</sup> Además, comentaron también el documento los siguientes reconocidos exponentes del mundo arbitral: Felipe Ossa, Francisco González de Cossio, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias Salaverry, Roger Rubio y Dyalá Jiménez Figueroa.

de 2019, la ASADIP expresó apoyo al Borrador de la guía, según Mandato de la Asamblea General de la ASADIP de fecha 9 de noviembre de 2018. Luego, el 4 de marzo de 2019 la ASADIP brindó su apoyo al texto final<sup>48</sup>.

## VI. Contenido de la Guía de la OEA

### A) Estructura

La guía se encuentra precedida de *sumario de recomendaciones* en cuestiones de derecho aplicable a los contratos internacionales, dirigidas a legisladores, juzgadores y las partes y sus asesores. Luego contiene un *listado de abreviaciones* y otro *listado de términos en latín y otros lenguajes* utilizados en el documento.

A continuación, se encuentra la parte medular del documento, que es la *guía en sí*.

Al final, se encuentran diversos *anexos*, con una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de La Haya; otra tabla de reconciliación entre los textos oficiales en español, inglés y francés en los que se encuentra formulada la Convención de México; y, por último, una tabla de legislaciones, una tabla de casos y un listado de bases de datos y otras fuentes electrónicas utilizadas para la elaboración de diversas partes de la guía.

### B) Introducción, contexto y antecedentes de la guía

En la parte medular de la guía, la *introducción explicativa* de los objetivos perseguidos (*parte primera*), se encuentra seguida por su *contexto y antecedentes* (*parte segunda*), donde se refieren los principales métodos del derecho internacional privado y se relatan los antecedentes codificadores en las Américas y el mundo, entre los que resaltan en materia contractual los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928, el Convenio de Roma de 1980, la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya de 2015.

Un entendimiento básico de estos desarrollos es importante debido a la influencia de estos instrumentos –incluso recíproca– a través del tiempo. Además, los mismos han tenido incidencia significativa en el desarrollo de legislación doméstica en las Américas.

<sup>48</sup> Ver en [www.asadip.org](http://www.asadip.org). En las resoluciones referidas la ASADIP se comprometió a trabajar para establecer canales de cooperación con las autoridades nacionales, a fin de persuadir las acerca de la enorme trascendencia que tendrá la guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas. Así también, la ASADIP declaró que le dará la mayor difusión posible al documento en los ámbitos académico y jurídico. Debe tenerse presente que en su tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017, la propia asamblea general de la OEA había encomendado "al Departamento de Derecho Internacional que promueva una mayor difusión del derecho internacional privado entre los Estados Miembros, en colaboración con los organismos y asociaciones que trabajan en este ámbito, entre otros, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)" (AG/RES. 2909 (XLVII-O/17)). Las distintas colaboraciones recibidas de estas organizaciones o sus integrantes se enmarcan, pues, dentro del espíritu del mandato asambleario arriba referido.

### C) Derecho uniforme

La *parte tercera* describe los *avances recientes del llamado método uniforme*, sobre todo a partir de la labor homogeneizadora encarada por el Instituto de Roma o UNIDROIT y la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, CNUDMI en español), además de esfuerzos del sector privado y de otros desarrollos del mundo arbitral.

No debe perderse de vista que UNIDROIT, creada en 1926 bajo los auspicios de la Liga de las Naciones para modernizar y armonizar el derecho privado del orbe, cuenta, entre sus 63 Estados Miembros, a 13 que integran la OEA<sup>49</sup>.

La CNUDMI, establecida bajo la órbita de Naciones Unidas en 1966, persigue similares objetivos, y diversos países en las Américas han adoptado muchos de sus instrumentos y también vinieron formando parte de la organización en el tiempo<sup>50</sup>. En el siguiente numeral de esta contribución se hace referencia específicamente a la Convención de Viena sobre Compraventa, avanzada por la CNUDMI.

La guía de la OEA alienta a los legisladores, en el curso de sus revisiones a sus regímenes domésticos, a tener en cuenta los avances hechos en el método uniforme y a considerar el uso de instrumentos de derecho uniforme en conjunto con las reglas de conflictos de leyes como suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho comercial internacional.

La *parte cuarta* describe el *método de interpretación uniforme* tratándose de textos internacionales, tanto en materia de conflicto de leyes como de derecho uniforme.

De hecho, la aproximación de normas no es suficiente. Cuando se adoptan convenciones internacionales armonizadoras, la armonización pretendida puede frustrarse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una perspectiva comparativa. La interpretación debe ser, pues, autónoma, independientemente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad pretendida.

La guía consecuentemente alienta a los jueces y árbitros a considerar las ventajas del método de interpretación uniforme y a tener en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia internacional a este respecto. La guía también alienta a las partes contratantes y sus asesores jurídicos a permanecer informados de los desarrollos relativos a la interpretación uniforme que pueda ser aplicada a sus contratos internacionales. Advierte, sin embargo, la guía que deberían tomarse en consideración

<sup>49</sup> Argentina (1972), Bolivia (1940), Brasil (1940), Canadá (1968), Chile (1951), Colombia (1940), Cuba (1940), México (1940), Nicaragua (1940), Paraguay (1940), Estados Unidos (1964), Uruguay (1940), Venezuela (1940). Membresías actuales de UNIDROIT encontradas en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>.

<sup>50</sup> Ver en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

instrumentos aplicables al caso específico en caso de que provean una decisión distinta y que también juzgadores en algunas jurisdicciones podrían no seguir esta interpretación liberal abogada por el instrumento.

### D) Alcance de la guía

La *parte quinta* se relaciona con el *alcance de la guía*, que se extiende a los contratos comerciales internacionales y a *temas que se encuentran excluidos*, como los relacionados a capacidad, relaciones familiares y sucesorias, insolvencia y otras.

Como la guía se relaciona con *contratos comerciales*, aunque en algunos sistemas se haga la distinción entre contratos “civiles” y “comerciales”, no es esa la intención del instrumento, sino la de excluir a los “contratos de consumo”, frecuentemente sujetos a normas imperativas dentro de legislaciones de “protección al consumidor”, y “contratos de trabajo” que usualmente se sujetan a reglas especiales del derecho laboral.

La determinación del carácter *internacional* del contrato presenta desafíos que han sido abordados de manera diferente<sup>51</sup>. Documentos regulatorios recientes tanto en el tema contractual como en el arbitral usan el término *internacional* en sentido bien amplio. En general, es suficiente que las partes se hayan establecido o tengan residencia en diferentes jurisdicciones o que el lugar del cumplimiento o del objeto contractual se encuentra fuera del Estado donde se hallan establecidas las partes. La guía sigue este enfoque amplio.

### E) Derecho no estatal

La *parte sexta* aborda la compleja problemática del *derecho no estatal* y diversas terminologías alusivas, como *usos, costumbres y prácticas, principios y lex mercatoria*.

Los Principios de La Haya optaron por la expresión *normas de derecho*, como equivalente al derecho no estatal y otros términos referidos a esta cuestión<sup>52</sup>, para aprovechar el extraordinario desarrollo casuístico y doctrinario en el mundo del arbitraje con respecto a esta expresión en las pasadas décadas<sup>53</sup>. La frase fue también adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985<sup>54</sup>, que se hizo eco de la terminología utilizada en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de

<sup>51</sup> (1) Un enfoque considera si es que las partes contratantes residen habitualmente o están domiciliadas o establecidas en Estados diferentes. (2) Un enfoque alternativo está en la transferencia de mercaderías de un Estado a otro o que la oferta y aceptación tengan lugar en dos Estados distintos, o que el lugar de la formación del contrato tenga lugar en un Estado y su ejecución en otro. (3) Una posición más amplia considera que la existencia de algún elemento extranjero internacionaliza al contrato. También existen criterios mixtos, como los que siguen, por ejemplo, en la Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

<sup>52</sup> Ver Comentario Oficial de la CNUDMI al Artículo 28. También ver el reporte del GT de la CNUDMI, reunión 18, marzo 1985 (A/CN.9/264, pp. 60-63).

<sup>53</sup> El autor de este artículo tiene conocimiento personal de esto debido a su participación en las deliberaciones sobre este punto.

<sup>54</sup> Anteriormente usado en el Artículo 42 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del 1965 y las leyes arbitrales de Francia y Yibuti.

1976 (modificadas en el año 2010)<sup>55</sup>, que inspiraron reglas arbitrales a lo ancho del orbe<sup>56</sup>. Las leyes domésticas de numerosos países de Latinoamérica también usan la expresión “normas de derecho”<sup>57</sup>.

La guía adopta esta terminología y aboga por que los regímenes domésticos relativos a los contratos internacionales reconozcan y clarifiquen el alcance del derecho no estatal. En este tema la Convención de México fue más allá que el Convenio de Roma de 1980. El instrumento muestra una apertura hacia el derecho no estatal que puede remontarse a los trabajos preparatorios<sup>58</sup>. Sin embargo, el texto no se encuentra libre del caos terminológico existente al momento de su redacción y también ha creado ciertas controversias que la guía apunta a clarificar, usando a los Principios de La Haya como norte<sup>59</sup>.

Además, la guía alienta a avanzar sobre el *statu quo*, como lo hacen los Principios de La Haya<sup>60</sup>, admitiendo el derecho no estatal no solo en el ámbito arbitral sino también en el judicial. La novel legislación paraguaya se encaminó en esta dirección.

La guía también sigue a los Principios de La Haya, según los cuales las normas de derecho deben estar “aceptadas generalmente como un conjunto de normas neutral y balanceado en un plano internacional, supranacional o regional”. El requerimiento de “neutralidad” clama por un cuerpo de normas capaz de resolver los problemas comúnmente encontrados en los contratos internacionales, en tanto que el requisito de “normas balanceadas” fue establecido para encarar el problema del poder negociador inequitativo que lleve a la aplicación de normas injustas o inequitativas. A su vez, la frase “conjunto de normas aceptados generalmente” tiende a disuadir a las partes de que elijan categorías

<sup>55</sup> Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976), adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre, 1976. UN Doc. A/RES/31/98; UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), adopted by the UN General Assembly on December 6, 2010. UN Doc. A/RES/31/98; Texto disponible en: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

<sup>56</sup> J.J. BARCELO III / A. VON MEHREN / T. VARADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, 4th ed. Thomson Reuters, 2009, p. 70.

<sup>57</sup> Por ejemplo, ver las siguientes: En Brasil, Artículo 2 de la Ley 9307 de 1996 sobre Arbitraje; en Colombia, Artículo 208.1 de la Ley 1818 de 1998 - Conciliación y Arbitraje (posiblemente reemplazada por la Ley 1563 de 2012); en Costa Rica, Artículo 22 de la Ley 7727 de 1997 - Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social y el Artículo 28 de la Ley 8937 de 2011 - Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional; en Chile Artículo 28.4 de la Ley 19.971 de 2004 - Arbitraje Comercial Internacional; en El Salvador, Artículos 59 y 78 del Decreto Legislativo 914 de 2002 - la Ley sobre Mediación, Conciliación y Arbitraje; en Guatemala, Artículo 36.3 de la Ley 67 de 1995 - Ley de Arbitraje; en Nicaragua, Artículo 54 de la Ley 540 de 2005 - Mediación y Arbitraje; en Perú, Artículo 57.2 de la Ley 1071 de 2008 - Ley de Arbitraje; en la República Dominicana, Artículo 33.4 de la Ley 489 de 2008 - Arbitraje Comercial; en Paraguay, Artículo 32 de la Ley 1879 de 2002 - Arbitraje y Mediación; y en Venezuela, la última parte del Artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

<sup>58</sup> OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, March 18, 1994, p. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, December 30, 1993, pp. 28, 30. A pesar de que el instrumento no es explícito en este punto, José Luis Siqueiros, quien preparó el borrador, escribió en un artículo subsiguiente que el instrumento habla del derecho aplicable en lugar de la ley aplicable, no porque sea una mejor expresión, sino esencialmente para clarificar que la intención es cubrir a los usos internacionales, a los principios del comercio internacional, a la lex mercatoria y a expresiones similares. J.L. SIQUEIROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222. La opinión de Siqueiros se encuentra respaldada por otros renombrados juristas que participaron en las negociaciones de la Convención de México, incluyendo al delegado estadounidense Friedrich Juenger y al mexicano Leonel Pereznieta Castro. Ver: F.K. JUENGER, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Contratación Internacional*, id., p. 235.; L. PEREZNIETA CASTRO, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, en *Contratación Internacional*, id., pp. 210-212.

<sup>59</sup> El Artículo 9, párrafo 2, de la Convención de México se refiere a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Similarmente, el Artículo 10 se refiere a “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”. Varios de estos términos utilizados en esos artículos son problemáticos. No queda claro a qué “organizaciones internacionales” se refiere el Artículo 9 o si el término está restringido a organizaciones intergubernamentales como la CNUDMI y UNIDROIT, o si incluye a entidades no gubernamentales como la CCI. Otras expresiones usadas en el Artículo 10, como costumbres, usos y prácticas, también permanecen indefinidas.

<sup>60</sup> L. GAMA JR. / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: *El Derecho Internacional Privado en los procesos de integración regional*, Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63.

vagas o inciertas como normas de derecho<sup>61</sup>.

En el estado actual de cosas la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT como derecho no estatal, si son elegidos por las partes, claramente emerge tanto de los Principios de La Haya como de la guía. Lo propio ocurre con la Convención de Viena de 1980, que puede ser elegida por las partes aun cuando no fuera aplicable al caso bajo sus propios términos.

## F) Autonomía de la voluntad

La *parte séptima* de la guía aborda el problema de la *autonomía de la voluntad* en materia de contratación internacional. Se trata allí en exclusiva la cuestión de la libertad para elegir el derecho aplicable, y no la del poder de las partes de seleccionar la jurisdicción arbitral o estatal que tendrá competencia en casos de existir una controversia. En el plano global, este último problema se encuentra contemplado en la Convención de Nueva York y en el Convenio de La Haya sobre Elección de Foro adoptado en el 2005.

A pesar de que la autonomía de la voluntad es uno de los principios más aceptados en el derecho internacional privado contemporáneo, existen aún desacuerdos sobre sus modalidades, parámetros y limitaciones. Estos desacuerdos incluyen, por ejemplo, al método de elección –la que puede ser expresa o tácita–, a si debe o no existir una conexión entre el derecho elegido y los derechos domésticos de las partes contratantes; a si problemas extracontractuales pueden estar incluidos en la elección de derecho aplicable; a qué Estado puede, en su caso, imponer limitaciones sobre elección de derecho aplicable; y si se puede optar por la aplicación de derecho no estatal. Estas cuestiones son abordadas en la guía.

Si bien la autonomía de la voluntad sigue siendo controversial en algunas vetustas legislaciones de las Américas sobre conflicto de leyes en un ámbito judicial, en el arbitraje el principio se encuentra en la Convención de Nueva York, en la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (“Convención de Panamá”) de 1975<sup>62</sup> y en la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (“Convención de Montevideo”) <sup>63</sup>. De los 35 Estados Miembros de la OEA casi todos han ratificado la Convención de Nueva York, 19 han ratificado la Convención

<sup>61</sup> Ver M. PERTEGAS/ B.A. MARSHALL, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: 39 *Brooklyn Journal of International Law*, 2014/3, pp. 997-998.

<sup>62</sup> *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, adoptada en la CIDIP I en ciudad de Panamá, firmada el 1 de enero de 1975 y entrada en vigor el 16 de junio de 1976.

<sup>63</sup> La convención interamericana sobre validez extraterritorial de sentencias extranjeras y laudos arbitrales, adoptada en Montevideo en la CIDIP-II, firmada el 8 de mayo de 1979 y entrada en vigor el 14 de junio de 1980.

de Panamá<sup>64</sup> y 10 han ratificado la Convención de Montevideo<sup>65</sup>. A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en su Artículo 28 (1), mientras que su comentario resalta su importancia, debido a que varias legislaciones domésticas no reconocen ese poder de manera clara o completa. Gran parte de las leyes arbitrales latinoamericanas siguen a la ley modelo en esta solución<sup>66</sup>.

### G) Elección expresa o tácita

La *parte octava* de la guía se refiere a la *elección expresa o tácita del derecho*, remarcando que de alguna forma la elección debe resultar evidente o surgir claramente de las disposiciones del contrato y sus circunstancias.

### H) Validez formal de la elección del derecho

La *parte novena*, sobre la *validez formal de la elección del derecho*, expone que los acuerdos de elección de derecho aplicable pueden ser orales o vía comunicaciones electrónicas.

La guía, así como los Principios de La Haya, abogan fuertemente por un cambio de paradigma en esta cuestión, particularmente en Latinoamérica, en donde la forma escrita es un requisito en varias legislaciones domésticas.

Según la guía, los regímenes domésticos no deberían contener requisitos formales a no ser que las partes acuerden por los mismos. Es más, los juzgadores, al determinar la validez formal de la elección de derecho aplicable, no deberían imponer ningún requisito formal, a no ser que las partes los hayan pactado o si resultan requeridos por reglas imperativas aplicables. Sin embargo, las partes contratantes y sus asesores deben tomar en cuenta toda regla obligatoria que lidie con la validez formal que pudiera resultar aplicable.

#### I) *Pactum de lege utenda*

La *parte décima* de la guía se refiere al *derecho aplicable al acuerdo de elección del derecho*.

Cuando hay selección, el derecho que gobierna al contrato principal deriva de la elección de las partes. Sin embargo, allí nace la pregunta de cuál ley servirá como base para analizar la validez y las consecuencias del mencionado acuerdo de elec-

ción de derecho aplicable. Esta delicada cuestión de *pactum de lege utenda* o elección del derecho (*electio juris*)<sup>67</sup> crea un círculo vicioso debido a que una vez que la ley ha sido elegida, la ley que gobierna deriva de la voluntad de las partes; sin embargo, permanece la duda de sobre cuál ley está basado el pacto<sup>68</sup>.

Han sido propuestas varias alternativas para encarar esta cuestión. Una opción es la de aplicar la *lex fori* (ley del lugar del litigio) para la cláusula de elección de derecho aplicable, lo cual podría, sin embargo, frustrar la intención de las partes. Otra opción es aplicar el derecho que hubiera gobernado de no haber existido una elección. No obstante, esto levantaría las mismas incertidumbres que las partes buscaban evitar al incluir una cláusula de elección de derecho aplicable. Una tercera opción es aplicar el derecho elegido en la cláusula de elección. Sin embargo, esta solución crea problemas en los casos en que dicha elección no fue acordada de manera adecuada.

En principio, la guía favorece la aplicación del derecho elegido por las partes. Sin embargo, admite que el Estado en el que una de las partes tiene su establecimiento pueda prevalecer bajo determinadas circunstancias<sup>69</sup>.

La guía también se refiere a la innovadora disposición encontrada en el Artículo 6.2 de los Principios de La Haya, según la cual "si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del Derecho aplicable".

### J) Separabilidad

La *parte undécima* de la guía lidia con la *separabilidad*, en virtud de la cual la invalidez de un contrato internacional no afecta necesariamente al acuerdo de elección de derecho aplicable. Es más, la efectividad o invalidez (ya sea de carácter sustantivo o formal) del contrato deberá ser evaluada conforme al derecho designado en el acuerdo en el que fue elegido.

Esta solución se encuentra alineada con lo dispuesto en los Principios de La Haya, en Roma I, y en lo que atañe a cuestiones jurisdiccionales, con el Convenio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, así como, en arbitraje, con la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-35.html>.

<sup>65</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>.

<sup>66</sup> Este es el caso, por ejemplo, en Chile (Artículo 28 de la Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional); en Colombia (Artículo 101 de la Ley 1563 sobre arbitraje nacional e internacional); en Guatemala (Artículo 36.1 de la Ley de Arbitraje); en Panamá (Artículo 3 del Decreto Legislativo de 1999, estableciendo el régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación), reemplazado por la Ley 131 del 2013; en Perú (Artículo 57 del Decreto 1071, que regula el arbitraje; en Perú, para los contratos con el Estado, el arbitraje es obligatorio (Artículo 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225); en Brasil (Artículo 2 de la Ley 9307 de 1996); en Costa Rica (Artículo 28 de la Ley 8937 sobre arbitraje comercial internacional); en México (Artículo 1445 del Código del Comercio); y en Paraguay (Artículo 32 de la Ley 1879 de 2002 sobre arbitraje y mediación).

<sup>67</sup> F. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Países Bajos, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 65-66.

<sup>68</sup> A. Briggs, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 149.

<sup>69</sup> La disposición del Artículo 6.2 de los Principios de La Haya se encuentra en el medio entre Roma I, que lleva al derecho aplicable de haber existido tal acuerdo (Artículo 3.5) –con miras de dar el máximo efecto a la autonomía de la voluntad–, y la Convención de México, que da virtualidad al derecho aplicable al lugar del establecimiento de la parte afectada (Artículo 12). De acuerdo con la guía, al determinar si las partes acordaron sobre el derecho aplicable, los juzgadores deben tomar en cuenta el Artículo 6 de los Principios de La Haya y el Artículo 12, párrafo 2 de la Convención de México.

<sup>70</sup> Artículo 16.

## K) Otros problemas relacionados con la elección del derecho

La *parte duodécima* de la guía trata otros problemas relacionados con la elección del derecho en los contratos comerciales internacionales.

Aboga por que la elección de derecho aplicable puede ser modificada en cualquier momento y que ello, en su caso, no perjudicará su validez formal o los derechos de terceros.

También establece la guía que no se requiere ningún tipo de conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción. Este sigue siendo un requisito en algunos sistemas como el de los Estados Unidos, según el *Restatement* (Segundo) de Conflicto de Leyes, Artículo 187 (2)(a)<sup>71</sup>. No obstante, existe una tendencia hacia su abandono, como se puede constatar en instrumentos internacionales recientes<sup>72</sup>, entre ellos Roma I<sup>73</sup>, la Convención de México y los Principios de La Haya<sup>74</sup>.

La guía además aborda al *renvoi* o la cuestión de si la aplicación de un derecho doméstico también incluye sus disposiciones de derecho internacional privado. De ser así, la guía aboga por la exclusión del *renvoi*, para proveer mayor certeza de cuál será el derecho aplicable, en consistencia con la Convención de México y los Principios de La Haya.

En relación con la *cesión de créditos* la guía favorece al máximo la autonomía de la voluntad, en consistencia con los Principios de La Haya<sup>75</sup>.

## L) Ausencia de elección del derecho

La *parte décima tercera* lidia con el problema de la *ausencia de elección del derecho*. En ese supuesto, la guía aboga por la fórmula de la *conexión más estrecha* que se encuentra en la Convención de México y rechaza otras como el “lugar de la ejecución” de los Tratados de Montevideo. La guía aboga por que si el juzgador encuentra que si el derecho no estatal resulta más apropiado, y por lo tanto tiene una conexión más estrecha con el caso que el derecho nacional, será directamente aplicado. Sobre este punto la guía aclara un problema de interpretación relaciona-

<sup>71</sup> No así en Inglaterra (Steel Authority of India Ltd. v. Hind Metals Inc. (1984). Ver en: C.G.J. MORSE / M. RUBINO-SAMMARTANO (eds.), Inglaterra, en: *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 62.

<sup>72</sup> No se requiere una conexión razonable en varias convenciones internacionales sobre asuntos relacionados al transporte. No aparece ni en los Convenios de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales; de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ni en el Convenio de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

<sup>73</sup> H. HEISS, “Party Autonomy”, en: F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 2.

<sup>74</sup> Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional”, Publicación de la Organización de Estados Americanos, 2006, III, D. 7. Esto, en cambio, está en concordancia con la práctica arbitral. Caso CCI Nº 4145 de 1984 XII (1987) Yearbook Comm. Arb., 97 (101). Caso CCI Nº 4367 de 1984, XI (1986) Yearbook Comm. Arb., 134 (139).

<sup>75</sup> Los Principios de La Haya disponen, en su Artículo 10, lo siguiente: “En el caso de una cesión contractual de los derechos que le competen al acreedor frente a su deudor en virtud de un contrato que los vincula: (a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; (b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige (i) la oponibilidad de la cesión al deudor; (ii) los derechos del cesionario frente al deudor, y (iii) el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor”. Esto es consistente con la Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) (Artículo 28 y 29) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (2016) (Artículo 84 y 96). Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Adoptada el 12 de diciembre del 2001, aún no entrada en vigor. Texto disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/security/2001Convention\\_receivables.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html).

do a la Convención de México<sup>76</sup>.

Con relación al arbitraje, existen grandes diferencias en lo que concierne a la forma en la que debe determinarse el derecho aplicable en los supuestos de ausencia de una elección efectiva. La guía expone distintos enfoques del derecho comparado: reglas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje o de otra jurisdicción; aplicación acumulativa de las reglas de todos los estados con conexión; aplicación de principios generales o derecho no estatal; y, cuando haya autorización, el uso de *voie directe*.

En este último caso los árbitros no se encuentran obligados a hacer referencia a norma de conflicto alguna<sup>77</sup>. La elección directa no debe, sin embargo, ser vista como arbitraria, y al efecto pueden de todos modos tomarse como referencia nociones que forman parte del sistema conflictual<sup>78</sup>. La guía muestra cómo la Convención de México puede resultar aplicable en arbitrajes internacionales llevados a cabo en jurisdicciones dentro de las Américas. Debe considerarse que algunos estados aceptan la *voie directe* y que las reglas de varias instituciones arbitrales han hecho lo mismo. Ello da pie a que los árbitros apliquen la Convención de México en el uso efectivo de este poder.

## M) Dépeçage

La *parte décima cuarta* de la guía se ocupa del *dépeçage* o “fraccionamiento” del derecho, para que distintas partes del contrato puedan verse gobernadas por diversas leyes. El *dépeçage* es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, enfrentado con doctrinas de localización del siglo XIX.

La guía aboga a favor de que los regímenes domésticos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales admitan el fraccionamiento del derecho. Es más, los juzgadores que cuenten con discreción en su labor interpretativa se encuentran alentados a admitir el *dépeçage*, cuando así lo estimen pertinente.

## N) Fórmula de interpretación flexible

La *parte décima quinta* se refiere a la flexibilidad en la interpretación de los contratos internacionales para mitigar la aplicación dura y estricta del derecho. En asuntos que

<sup>76</sup> El Artículo 9 de la Convención de México estipula que para determinar la ley con el vínculo más estrecho se deben tomar en cuenta a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Esta fue una solución conciliatoria llegada por los negociadores de la Convención de México después de que los delegados de los Estados Unidos propusieran la aplicación directa de los Principios UNIDROIT al haber ausencia de elección. Friedrich Juenger, el delegado de los Estados Unidos, entendió que la fórmula acordada llevada de igual manera directamente a los Principios Unidroit. Ver en: F. K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law” en: *60 Louisiana Law Review*, 2000, pp. 1133, 1148. La relevancia de esta opinión es destacada por José Siqueros, encargado de elaborar el borrador de la Convención de México, debido a que fue él el que propuso la solución conciliatoria.; J.L. SIQUEROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223. Con relación a una disposición similar incluida en la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, la Corte Suprema de Venezuela señaló que la fórmula de vínculo más estrecho lleva a la *lex mercatoria*, que está compuesta por las costumbres y prácticas internacionales. Banque Artesia Nederland, N.V. v. Corp Banca, Banco Universal CA (Exp. 2014-000257), of 2014 (ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>77</sup> E. GAILLARD / J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 876.

<sup>78</sup> T. H. WEBSTER, *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, p. 515.

involucren contratos internacionales la fórmula puede resultar de particular ayuda para arribar a una solución apropiada para el caso en concreto que se presente.

En las Américas una fórmula flexible ha sido aceptada por varios años a través del Artículo 9 de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979, ratificada por varios países de la región<sup>79</sup>. La Convención de México también contiene una fórmula flexible para determinar el derecho aplicable<sup>80</sup>. En el mundo del arbitraje el Artículo 28 (4) de la Ley Modelo de la CNUDMI, copiada en varias regulaciones de arbitraje en las Américas, también incluye una fórmula flexible<sup>81</sup>.

## O) Alcance del derecho aplicable

La *parte décima sexta* de la Guía se refiere al *alcance del derecho aplicable*, es decir, a los aspectos que serán gobernados por el mismo.

La Convención de México y los Principios de La Haya proveen –en un lenguaje ligeramente distinto entre ellas– que el derecho aplicable al contrato gobernará su interpretación y delimitará los derechos y las obligaciones de las partes, el cumplimiento del contrato y las consecuencias del incumplimiento, la nulidad o la invalidez. Los Principios de La Haya agregan dos temas adicionales: la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales.

En virtud a su inclusión, estos aspectos deben ser considerados como “contractuales”, cosa que no es necesariamente así en los distintos sistemas jurídicos. La especificación de estos aspectos como sujetos de ser gobernados por el derecho aplicable al contrato reduce la probabilidad de que sean clasificados de otra manera como extracontractuales, con lo que se alienta la uniformidad de resultados. La guía aboga por que estos asuntos sean abordados por los regímenes domésticos relativos a los contratos comerciales internacionales.

<sup>79</sup> Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Ver en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>. El Artículo 9 de esta Convención dispone lo siguiente: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. Herbert y Fresno de Aguirre han señalado que este artículo se basa en las doctrinas Americanas de Currie (de intereses de gobierno) y Cavers (de soluciones equitativas), en contraposición al sistema abstracto y automático que existía en Latinoamérica. La adopción de estas doctrinas tiene el mérito de permitir un campo interpretativo amplio para relajar al criterio rígido del continente hasta ese entonces. (Ver en: C. FRESNO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. Ver también R. HERBERT, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 1 (1994) RUDIP, pp. 89-90).

<sup>80</sup> La Convención provee en su Artículo 10 lo siguiente: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Aunque la redacción análoga del mencionado Artículo 9 ha sido sugerida por juristas del Common Law, el Artículo 10 de la Convención de México fue sugerido por Gonzalo Parra Aranguren, Presidente de la delegación Venezolana, viniendo el mismo de una tradición civilista. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, OAS Doc. OEA/Ser.K/XXI.5 (Mar. 17, 1994). Ver también: “La Quinta conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V)”, México, 1994”, Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, pp. 219-220.

<sup>81</sup> La solución fue originalmente incluida en la Convención Europea sobre Arbitraje de 1961 (Artículo VII) y calificada por un árbitro renombrado como uno de los logros más significativos del siglo XX, liberando al arbitraje de percepciones locales. M. BLESSING, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, en *14 Journal of International Commercial Arbitration*, 1997/2, p. 54.

## P) Orden público

La *parte décima séptima* de la guía lidia con el *orden público (ordre public)*. Esta noción altamente discutida carece de consenso en relación a los varios términos usados para referirse a ella y su relevancia y aplicabilidad. También existe ciertamente una falta de comunicación efectiva entre académicos y abogados practicantes. Es más, este asunto, de por sí oscuro, se vuelve aún más opaco debido a la imprecisión, diversidad y confusión del vocabulario utilizado.

En línea con los Principios de La Haya y la Convención de México, la guía intenta aclarar este desorden y simplificar su terminología. Aborda las dos facetas del orden público en el contexto internacional. Una comprende a las *normas imperativas* del foro que deben ser aplicadas sin importar lo que digan las normas de conflicto de leyes. La otra excluye la aplicación del derecho indicado en la norma de conflicto de leyes si el resultado sería *manifiestamente incompatible* con el orden público del foro.

En su *primera faceta*, el orden público se encuentra manifestado a través de *normas imperativas* aplicadas directamente al caso internacional, sin consideración de las reglas de conflicto de leyes que podrían apuntar a una solución distinta. Muchos Estados tienen este tipo de disposiciones que, funcionando como *espada*, son aplicadas directamente a cuestiones transfronterizas, sin atender la intención de las partes o cualquier otra norma de conflicto de leyes. En su *segunda faceta*, el orden público sirve como *barrera o escudo* que impide la aplicación de derecho que hubiera sido de otra manera aplicable bajo las normas de conflicto de leyes.

En el arbitraje también resulta altamente controversial el orden público. Debido al carácter deambulatorio del arbitraje y a que los árbitros no son jueces u oficiales estatales, no puede hablar en este ámbito de un derecho nacional del foro (o *lex fori*). La *lex fori* contiene disposiciones de derecho internacional privado relacionadas, por ejemplo, a clasificación, a factores de conexión y al orden público.

El orden público como causal de denegación de reconocimiento o de ejecución de resoluciones o laudos extranjeros se encuentra proveído en el Artículo V(2) de la Convención de Nueva York y en el Artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Sobre el punto, la interpretación tiende a ser bastante restringida. En varios Estados la política de los jueces es la dar el máximo efecto posible al laudo arbitral, en lugar de proveer incentivos para que siga el litigio en los tribunales estatales.

La guía nota sobre la cuestión de orden público en el arbitraje fue uno de los asuntos “más sensibles” tratados en la elaboración de los Principios de La Haya. Los Principios no “confieren ningún poder adicional a tribunales arbitrales” y no “intentan dar a tribunales una ilimitada y libre discreción” a apartarse del derecho en princi-

pio aplicable. Al contrario, los tribunales pueden ser requeridos a tener en cuenta al orden público y las normas imperativas y, cuando sea apropiado, determinar la necesidad de que las mismas prevalezcan en el caso específico.

#### Q) Existencia de otras convenciones o Estados con más de un sistema jurídico o una unidad territorial

Finalmente, la *parte décima octava* de la guía aborda otras cuestiones, como las relacionadas a la *existencia de otras convenciones*, o de *Estados que tengan más de un sistema jurídico o unidades territoriales*.

### VII. La Convención de Viena en la Guía de la OEA

La guía es, en cierta forma, un “caballo de Troya” a favor de la aplicación del derecho uniforme, uno de cuyos instrumentos preponderantes constituye la Convención de Viena sobre compraventa. Por un lado, la guía favorece ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad, incluso para la aplicación del derecho no estatal, vía por la que las partes pueden adoptar voluntariamente instrumentos de derecho uniforme. Por otro lado, la guía muestra los caminos para que el derecho uniforme pueda ser aplicado tanto en el contexto judicial como en el arbitral cuando no existe selección del derecho. La guía se detiene, además, en explicitar cuáles son los instrumentos preponderantes de derecho uniforme y el contexto en el que fueron avanzados.

Así, con respecto a la compraventa internacional de mercaderías, la guía menciona los trabajos que habían comenzado en 1930 en UNIDROIT, luego presentados a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1964, que aprobó dos convenciones: una sobre la venta internacional de mercaderías y la otra sobre la elaboración de contratos para la venta internacional de bienes. Estos textos fueron ampliamente criticados en ese momento por reflejar principalmente las tradiciones jurídicas de la Europa Occidental. En trabajos posteriores realizados por la CNUDMI, en los que se combinaron los temas de las dos convenciones previas, se consideraron modificaciones que podrían lograr una mayor aceptación por parte de los países de diferentes sistemas jurídicos.

De esto resultó la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1980, conocida también como *Convención de Viena de 1980* o *CISG*, según sus siglas en inglés. En sus 101 artículos este tratado de derecho uniforme resume principios, reglas y usos aplicables al contrato que se encuentra en el epicentro del comercio internacional. El mismo regula aspectos relativos a la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías, así como derechos sustantivos del comprador y vendedor y cuestiones relacionadas al cumplimiento e incumplimiento de los mismos.

Entre los firmantes originales de la CISG se encontraron Estados de cada región geográfica, de diferente desarrollo económico y de distintos sistemas jurídicos. Actualmente, la CISG se encuentra ampliamente aceptada, habiendo sido ratificada por alrededor de noventa países de todo el mundo. El instrumento está en vigor todos los países de las Américas, salvo en Bolivia, Belice, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Surinam y Venezuela. En el Caribe ha sido adoptado por Cuba y República Dominicana<sup>82</sup>.

De acuerdo a su Artículo 6, las partes podrán excluir la aplicación de la CISG y, sujeto a limitaciones, podrán derogar o variar el efecto de sus disposiciones. Debido a que la CISG reconoce el principio de autonomía de las partes, la guía señala que esto se puede lograr, por ejemplo, al seleccionar el derecho de un Estado no contratante o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante (por ejemplo, el Código Civil y Comercial de ese Estado) como aplicable al contrato<sup>83</sup>.

La guía destaca que la Convención de Viena podría aplicarse aún sin estar ratificada, como expresión del derecho transnacional o la *lex mercatoria* cuando los juzgadores se encuentren habilitados a dar virtualidad al derecho no estatal<sup>84</sup>. Reconoce, sin embargo, la guía que esto se presta a controversia.

Por lo demás, esta convención no solo fue adoptada por un importante número de países, sino también inspiró notables iniciativas posteriores en la elaboración de normativas uniformes de orden contractual. Un ejemplo reciente en las Américas es el de Argentina<sup>85</sup>. Además, en algunos Estados, como Brasil<sup>86</sup>, El Salvador<sup>87</sup> y Paraguay<sup>88</sup>, los jueces han usado la CISG como fuente para interpretar el derecho doméstico.

La guía relata también que en los instrumentos de derecho uniforme suelen contenerse indicaciones para que el juzgador tenga en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Tal es, por ejemplo, la fórmula que recoge

<sup>82</sup> Ver en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

<sup>83</sup> Suele decirse que las partes frecuentemente excluyen la aplicación de la CISG. Esto ha sido objeto de diversas investigaciones, con resultado dispar. Recientes estudios bien completos han sido encarados por Gustavo Moser. (Ver L.G.M. Moser, *Rethinking choice of law in cross border sales, international commerce and arbitration*, Volume 27, I. SCHWENZER (ed.), Eleven International Publishing, The Hague 2018, pp. 25-32). Moser señala que aparece común en dichos estudios que las partes excluyen a la CISG cuando no se encuentran familiarizadas con la misma o por miedo a lo desconocido. Sin embargo, Moser concluye que la aseveración de que la CISG se excluye frecuentemente no se halla soportada por evidencia empírica (p. 31).

<sup>84</sup> La CISG puede ser aplicada como expresión de “principios generales del comercio internacional” (“general principles of international trade”) –por ejemplo, *Steel Bars Case*, Caso CCI Nº 6653, 1993, accesible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>. También puede aplicarse como expresión de “estándares generales y reglas de contratos internacionales” (“general standards and rules of international contracts”) –por ejemplo, *Printed Banknotes Case*, Caso CCI Nº 9474, 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html>. Además, se puede aplicar como expresión de los “usos de comercio” (“trade usages”) –por ejemplo, *Cowhides Case*, Caso CCI Nº 7331, 1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>; *Hotel Materials Case*, Caso CCI Nº 7153, 1992, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html>. Ver en C. R. Emery / J. SALASKY, *Arbitration and UNCITRAL'S Sales Conventions* (March 1, 2013). Slovenska arbitražna praksa, Vol. 2, Nº 1, pp. 28-34, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2394516>.

<sup>85</sup> [http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo\\_codigo/final\\_the\\_new\\_CCiv\\_com\\_Argentina\\_and\\_the\\_cisg4.pdf](http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/final_the_new_CCiv_com_Argentina_and_the_cisg4.pdf).

<sup>86</sup> Ver en: *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (DJE), Cámara de Apelaciones del Estado de Rio Grande do Sul, Caso Nº 70072362940, 12ª cámara, 16 de febrero de 2017.

<sup>87</sup> Ver en: *Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador*, Segundo Juzgado Civil y Comercial de San Salvador, febrero 28, 2013, Sentencia Nº PC-29-12. <http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/08/EISalvador28feb2013.pdf>.

<sup>88</sup> *Ofelia Valenzuela Fernández c. Paraguay Granos y Alimentos S.A. s. indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual*, Acuerdo y Sentencia 66 de 2016, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Asunción, Sexta Sala (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=2134>). En este caso, las partes habían llegado a un acuerdo verbal de venta comisionada. Un tiempo después, una se retiró del acuerdo, lo que llevó a que la otra la demande por indemnización de daños resultantes del incumplimiento. La Cámara de Apelaciones examinó las obligaciones contractuales y consideró que, a pesar de que el acuerdo original disponía la recolección de los bienes en el local del vendedor, se venía registrando una práctica distinta, por la cual el vendedor distribuía los bienes de manera directa a los clientes. Para determinar la relevancia de la práctica establecida entre las partes la Cámara de Apelaciones refirió que le dan virtualidad el Artículo 9 de la CISG y el Artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT, relacionándolos con el Artículo 715 del Código Civil y a la autonomía de las partes, así como al principio de buena fe consagrado en el derecho paraguayo, concluyendo que las prácticas surgen precisamente como producto de la conducta voluntariamente aceptada por los contratantes.

el Artículo 7° de la Convención de Viena sobre compraventa, que dispone en su primera parte lo siguiente: “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional...”. Esta norma inspiró, a su vez, el Artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT<sup>89</sup>.

La guía destaca que para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos la CNUDMI ha establecido un sistema de reporte de los pronunciamientos basados en aquellos, bajo la denominación abreviada con las siglas “CLOUT”, la que puede ser accedida en versión impresa o a través de internet<sup>90</sup>. Algo parecido ocurre con UNIDROIT y la base de datos asociada, conocida como UNILEX<sup>91</sup>. Han sido reportados cientos de casos que aplican la CISG<sup>92</sup>.

Las informaciones de arriba parecen elementales para quienes se encuentran familiarizados con el derecho uniforme. Sin embargo, muchos operadores jurídicos envueltos en el quehacer contractual transfronterizo tienen apenas vago conocimiento o demuestran incluso una alarmante ignorancia en el tema, sus implicancias y sus potencialidades, cuestiones que la guía encara con fuerte orientación práctica.

### VIII. Conclusión

El comercio internacional se mueve gracias al contrato. Paradójicamente, y de manera inconcebible, el problema del derecho aplicable a la contratación transfronteriza registra, hasta hoy día, severos anacronismos en varias regiones del mundo.

La cuestión solo ha sido abordada muy recientemente a nivel universal luego de los Principios de La Haya, aprobados en 2015. Falta todavía, empero, mucha tela que cortar para la implementación efectiva de sus soluciones a lo ancho del orbe.

Las Américas estuvieron a la vanguardia en la regulación convencional del tema, pues ya lo hicieron con los Tratados de Montevideo de 1889 y luego nuevamente de 1940, como así también con el llamado Código Bustamante de 1928. Se adelantó así la región en casi cien años a Europa, que recién en 1980 contó con una regulación convencional, luego convertida en 2008 en Reglamento Comunitario conocido como Roma I. Nuevamente las Américas, y ya en el ejido de la OEA, aprobaron la Convención de México de

<sup>89</sup> Diversos instrumentos de *tinte conflictual* también aluden a la necesidad de que se tengan en cuenta su carácter internacional y el deseo de lograr su uniformidad interpretativa. En Europa así lo hace el Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional en su Artículo 18. La disposición no se replica en Roma I, pero intérpretes han abogado por una interpretación en la misma dirección. Por su parte, el Artículo 4 de la Convención de México dispone lo siguiente: “Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”.

<sup>90</sup> [www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).

<sup>91</sup> [www.unilex.info](http://www.unilex.info). El Departamento de Derecho Internacional de la OEA, a su vez, mantiene una página que coadyuva a la interpretación uniforme en materia de arbitraje ([http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje\\_comercial.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial.asp)). Merecen también mención otras bases de datos con valiosa información, como la de la Universidad de Pace en los Estados Unidos, relativa a la Convención de Viena sobre compraventa y cuestiones de contratación internacional relacionadas ([www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg](http://www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg)). O la que mantiene la Universidad de Colonia, en Alemania, a través de su *Center for Transnational Law* (CENTRAL) y su método de *codificación progresiva* del nuevo derecho mercantil transnacional. A dicho efecto, se elaboró una lista abierta de principios sobre la *lex mercatoria*, que se mantiene fácilmente accesible a través de internet, con lo que se logra una constante actualización, agregándose jurisprudencia judicial y arbitral, doctrina y otros datos de interés ([www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)).

<sup>92</sup> Numerosos fallos judiciales y laudos arbitrales que invocan la Convención de Viena se encuentran recogidos en la página web que administra la CNUDMI, bajo las siglas de CLOUT (ver en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

1994, muy prestigiosa en respetados círculos internacionales.

Lo dicho en el párrafo anterior, está visto, no debe llevar a uno a engaños. Los primeros tratados americanos no solo contienen soluciones controversiales sino además incompatibles las unas con las otras, amén de otros problemas. Y el texto más reciente de la Convención de México, pese a sus aciertos, ha logrado apenas dos ratificaciones en el continente. El problema se agrava si se considera el notorio rezago que existe en numerosas legislaciones domésticas de la región que regulan el derecho internacional privado de la contratación, algunas decimonónicas y otras igualmente anacrónicas, o al menos inapropiadas para regular el fenómeno.

De allí la importancia de la reciente guía aprobada por el Comité Jurídico de la OEA, pues no solo describe la problemática jurídica actual de la contratación transfronteriza en el continente, sino proporciona, con fuerte orientación pragmática, orientaciones a legisladores, juzgadores, partes contratantes y sus asesores a fin de lidiar con la cuestión. La guía tiene un objetivo pedagógico importante, considerando que precisamente la ignorancia de los temas y desarrollos en ella abordados son los que han impedido, por ejemplo, que textos modernos como la Convención de México sean bien recibidos, en ocasiones, y en otras a que muchas cuestiones de derecho aplicable sean directamente obviadas o soslayadas en la praxis de la contratación transfronteriza en la región.

La nueva guía de la OEA avizora un futuro esperanzador para el hoy por lo general caótico escenario del derecho aplicable a la contratación transfronteriza en las Américas. Más que eso, el instrumento, que aborda mayormente problemas de conflictos de leyes, puede erigirse en un “caballo de Troya” que potencie exponencialmente la adopción de soluciones de derecho uniforme, entre ellas, muy especialmente, las contenidas en la Convención de Viena sobre Compraventa.

# ‘O medo do desconhecido’ – o papel das emoções nas cláusulas de opt-out da CISG<sup>1</sup>

Gustavo Moser<sup>2</sup>

I. Introdução; II. Escolhas racionais; 1. Estratégia compensatória e maximização de benefícios; 2. Lógica dedutiva e limitações de cognição; III. Escolhas intuitivas; 1. Heurísticas; 2. Afeto IV. Pesquisa Empírica Global sobre a Escolha da Lei de Regência; 1. Resumo; 2. Destaques dos Resultados da Pesquisa; A) Respostas intuitivas; a) “Grupo de (pré)-juílgadores”; i. Perfil; ii. Abordagem prática; b) “Grupo de empiristas”; i. Perfil; ii. Abordagem prática; c) “Grupo de seguidores do rebanho”; i. Perfil; ii. Abordagem prática; V. Conclusão.

**SUMÁRIO:** Por que as partes excluem determinada lei de regência de um contrato internacional? Seria essa decisão baseada em processo racional ou essencialmente intuitivo? Como é possível quantificar esses fatores e precificar a escolha da lei de regência? Neste artigo, propõe-se tratar deste tema em duas partes. Primeiro, os leitores são convidados a compreender os processos decisórios racional e intuitivo em perspectiva teórica. Já em sua segunda parte, o artigo apresenta e analisa os resultados de uma pesquisa global sobre a escolha da lei aplicável em contratos de compra e venda internacional (“a Pesquisa”). A Pesquisa revela as principais preocupações e forças motrizes subjacentes a certas escolhas, e explora o idiossincrático ambiente em que as partes contratantes tomam as suas decisões. Por fim, o artigo apresenta técnicas para enfrentar, controlar ou minimizar os efeitos dos vieses cognitivos no processo decisório de escolha da lei de regência.

<sup>1</sup> Artigo adaptado e atualizado do original L.G. Moser, “Inside contracting parties’ minds: the decision-making processes in cross-border sales”, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, issue 2, 2017, pp. 250-279. O autor agradece a ANA COIMBRA TRIGO e GUSTAVO BECKER pelo auxílio na tradução do artigo.

<sup>2</sup> GUSTAVO MOSER é conselheiro jurídico (counsel) da *London Court of International Arbitration* (LCIA) e coordenador temático da *Swiss International Law School* (SILS). Gustavo Moser obteve seu doutorado em Direito Comercial Internacional na Universidade da Basileia, Suíça, e tem trabalhado há mais de uma década com resolução internacional de conflitos em diversas jurisdições. As áreas de atuação do Dr Moser compreendem: mecanismos de resolução de conflitos internacionais, compra e venda internacional de mercadorias, propriedade intelectual, análise econômica do direito, e direito internacional privado.

## I. Introdução

Por que as partes evitam ou excluem determinada lei nacional ou direito uniforme em operações transnacionais? O que as motiva a tomar essa decisão? Seria esse um processo racional ou essencialmente intuitivo? Como poderíamos quantificar esses fatores e precificar a escolha em torno da lei de regência?

Para responder a essas questões, na primeira seção deste artigo, os leitores são convidados a compreender os processos decisórios racional e intuitivo a partir de uma perspectiva teórica. Na segunda e última seção, trataremos dos resultados de uma pesquisa realizada sobre a escolha da lei aplicável em contratos de compra e venda internacional (“a Pesquisa”). A Pesquisa pretendeu identificar as principais considerações de ordem jurídica e econômica postas na mesa de negociações quando da discussão sobre contratos de compra e venda internacional. Como a Pesquisa incluiu um largo leque de questões<sup>3</sup>, o presente artigo focar-se-á apenas nos resultados pertinentes ao tópico desta exposição, qual seja os processos desencadeadores da tomada de decisão na escolha da lei de regência.

Pretende-se demonstrar que as escolhas em torno da lei de regência são invariavelmente influenciadas por vieses cognitivos ou erros sobre estimativas ou probabilidades, resultando em cenários em que as partes contratantes poderão simplesmente inobservar ou “deixar de lado” um negócio mais vantajoso. Argumenta-se, ainda, que as emoções podem impedir a tomada de decisões mais benéficas em um contexto comercial.

Ao revelar a desatenção e rotineiro desapego das partes contratantes no tocante à estimativa de probabilidades, valores e precificação de escolhas, analisaremos certas técnicas que permitem tornar essas decisões mais racionais e obter resultados mais eficientes nesse âmbito. Essas técnicas poderão ainda contribuir para desenvolver mecanismos preventivos que ajudem na identificação de situações em que se sabe que as partes estarão mais predispostas a adotar atalhos cognitivos, de modo que possamos intervir, modificar esses comportamentos e possivelmente influenciar o desfecho da decisão.

## II. Escolhas racionais

Daniel Kahneman, psicólogo agraciado em 2002 com o Prêmio Nobel da Economia, propõe dois modelos de pensamento por meio dos quais tomamos decisões: o Sistema 1 – o subconsciente, que opera de forma rápida e eficaz; e o Sistema 2 – o sistema consciente e direcionado que, não obstante, opera de forma lenta e ineficiente. O Sistema 1 produz impressões e sentimentos que servem de amparo e base às crenças e escolhas articuladas pelo Sistema 2.

Kahneman assevera que “o Sistema 1 se sobressai na construção da melhor narrativa possível que incorpore as ideias presentes, mas ele não considera (e não consegue considerar) informação que não possui. A medida do sucesso do Sistema 1 é a coerência da narrativa que ele consegue criar. A quantidade e qualidade da informação em que a narrativa se baseia são em grande medida irrelevantes... A combinação de um sistema que procura a coerência, Sistema 1, e o Sistema 2, que é preguiçoso, implica que o Sistema 2 apoiará muitas crenças intuitivas, cujo conteúdo se aproximará das impressões criadas pelo Sistema 1”<sup>4</sup>.

Neste capítulo, analisaremos o Sistema 2 de Kahneman, isto é, o sistema deliberativo e esforçado que executa escolhas racionais. Nunca é demais lembrar que, sob uma perspectiva racional, indivíduos tomam decisões utilizando uma estratégia compensatória. Ou seja, eles identificam e avaliam todas as opções disponíveis, analisam e ponderam todos os atributos relevantes de cada opção, e depois escolhem a opção que avaliam ser a mais favorável<sup>5</sup>.

O sistema deliberativo 2 parte da premissa de que indivíduos analisam e comparam todas as possibilidades disponíveis, e decidem pela(s) que maximiza(m) o seu bem-estar. Isso ocorre porque a racionalidade é manifestada como uma forma de coerência interna e uma coerência lógica dentro de um sistema de crenças e preferências<sup>6</sup>. Richard Posner definiu a racionalidade de uma forma bastante singela: “racionalidade é escolher o melhor meio para atingir o fim de quem o escolhe”<sup>7</sup>.

Naturalmente, este processo requer que os agentes façam inferências sobre determinados fatos por aplicação dos princípios da lógica dedutiva a toda a informação conhecida e relevante. Uma escolha racional implica, portanto, coerência interna; crenças e escolhas têm que fazer sentido e estar logicamente conectadas.

Tversky e Kahneman afirmam que a tomada de decisões sob risco segue um modelo de utilidade esperada. Esse modelo é baseado em uma série de axiomas (por exemplo, a transitividade de preferências), que estabelece os critérios para a racionalidade das escolhas. As escolhas de um indivíduo que corresponda aos axiomas poderão ser descritas em termos de utilidade dos vários desfechos possíveis àquele indivíduo. A utilidade de uma perspectiva de risco é igual àquela esperada dos seus desfechos, obtida através da ponderação da utilidade de cada desfecho possível e de sua probabilidade. Quando confrontado com uma escolha, um indivíduo racional irá preferir a perspectiva que oferece a mais elevada utilidade<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Straus and Giroux, 2011, pp. 85-86 (tradução não oficial de: “System 1 excels at constructing the best possible story that incorporates ideas currently activated, but it does not (cannot) allow for information it does not have. The measure of success for System 1 is the coherence of the story it manages to create. The amount and quality of the data on which the story is based are largely irrelevant... The combination of a coherence-seeking System 1 with a lazy System 2 implies that System 2 will endorse many intuitive beliefs, which closely reflect the impressions generated by System 1”).

<sup>5</sup> C. GÜTHRIE, “Law, Information, and Choice: Capitalizing on Heuristic Habits of Thought”, em C. ENGLE / G. GIGERENZER (eds.), *Heuristics and the Law*, MIT Press, Vanderbilt Law and Economics Research Paper, n. 06-11, 2006, p. 427, disponível em [http://ssrn.com/abstract=900133].

<sup>6</sup> B.A. MELLERS / A. SCHWARTZ / A.D.J. COOKE, “Judgment and decision making”, *Annual Review of Psychology*, v. 29, 1998, pp. 449-450. Neste ponto, ver também Kahneman, para quem “A concepção comum de racionalidade também requer que as preferências ou utilidades para um particular desfecho sejam preditivos das experiências de satisfação ou insatisfação associadas à respectiva ocorrência...” (tradução não oficial de: “The common conception of rationality also requires that preferences or utilities for particular outcomes should be predictive of the experiences of satisfaction or displeasure associated with their occurrences...”). A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science*, v. 221, 1981, pp. 453-458, p. 458.

<sup>7</sup> R.A. POSNER, “Rational choice, behavioral economics, and the law”, *Stanford Law Review*, v. 50, 1998, p. 1551-1575, p. 1551.

<sup>8</sup> A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, “The framing of decisions and the psychology of choice”, (nota 6), p. 453.

<sup>3</sup> Os resultados da Pesquisa foram publicados em L. G. MEIRA MOSER, “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Uniform Law Review*, v. 20, issue 1, 2015, pp. 19-55, disponível em: [http://ulr.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/25/ulr.unv008].

## 1. Estratégia compensatória e maximização de benefícios

Ao aludirmos à discussão teórica empreendida acima, poder-se-ia aventar que, na escolha da lei de regência, as partes processam toda a informação disponível, fazem escolhas, e executam comportamentos de uma forma calculada visando maximizar a sua utilidade esperada, isto é, maximizar o diferencial entre os benefícios e os custos esperados<sup>9</sup>.

Em outras palavras, as partes contratantes tomariam decisões realizando uma análise de custo-benefício para atingir resultados considerados eficientes à luz da teoria da eficiência de Pareto<sup>10</sup>. Um cenário é considerado “Pareto eficiente” se for impossível alterá-lo de modo a permitir que pelo menos uma pessoa se beneficie (em sua própria avaliação) sem prejudicar a contraparte (novamente, de acordo com a sua própria avaliação)<sup>11</sup>. A ideia é que ambas as partes possam mutuamente beneficiar-se da transação.

Como exemplo prático, imagine-se um cenário onde o contrato de compra e venda – sendo que o fator tempo é essencial – prevê que o vendedor deve entregar os bens no dia X, recebendo 2Y como pagamento. Porém, um contrato de compra e venda alternativo prevê que se o vendedor entregar os bens um dia antes do dia X, ele receberá como pagamento 3Y. Em teoria, o segundo contrato poderá ser mutuamente benéfico: como o fator tempo é essencial, a chegada antecipada dos bens beneficia o comprador e o vendedor receberia pagamento superior pela transação.

Veremos na segunda parte deste artigo se o debate de ideias acima descrito efetivamente corresponde ao “*mundo real*”.

## 2. Lógica dedutiva e limitações de cognição

Conforme mencionado, na lógica da racionalidade, parte-se da premissa de que os agentes econômicos atuam em interesse próprio enquanto operadores de mercado e de forma a maximizar o seu bem-estar. Consequentemente, confrontados com uma lista de opções, as partes contratantes, usando o dispositivo da lógica dedutiva, identificam e selecionam as opções que possuem qualidades que as levariam a resultados mais desejados, isto é, geram o máximo montante de lucro. Para executar estas ações, as partes contratantes efetuam inferências precisas e lógicas a partir da informação que lhes é disponibilizada.

No entanto, a análise e comparação de todas as opções disponíveis somente seria factível mediante extraordinário dispêndio de energia e tempo. Isso poderá ser virtualmente

<sup>9</sup> R.B. Korobkin, “The Problems with Heuristics for Law”, *UCLA School of Law, Law & Econ Research Paper*, n. 4-1, 2004, p. 2, disponível em: [https://ssrn.com/abstract=496462].

<sup>10</sup> Ver R. COOTER / T. ULEN, *Law and Economics*, Boston, Addison-Wesley, 2007, p. 44. Adicionalmente, ver B. E. HERMALIN / A. W. KATZ / R. CRASWELL, “The Law and Economics of Contracts”, em A.M. POLINSKY / S. SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, New York, Elsevier, 2007, p. 16 (observando que, enquanto critério de bem-estar, a eficiência de Pareto avalia uma alocação de recursos proposta a uma série de agentes, ao perguntar se existe uma segunda alocação em que (i) nenhum dos agentes prefira menos do que a alocação proposta, e (ii) pelo menos um dos agentes efetivamente a prefira sobre a alocação proposta. Se não existir uma qualquer segunda alocação, então a alocação proposta é considerada eficiente). (tradução não oficial de: *noting that as a welfare criterion, Pareto efficiency evaluates a proposed allocation among a set of actors by asking whether there exists a second allocation that (i) none of the actors prefer less than the proposed allocation and (ii) at least one of the actors actually prefers to the proposed allocation. If no such second allocation exists, the proposed allocation is deemed efficient.*)

<sup>11</sup> R. COOTER / T. ULEN (nota 10), p. 44.

inatingível em certos contextos decisórios, somado a limitações impostas por força da racionalidade limitada dos seres humanos<sup>12</sup>. Assim, nestes cenários, parece ser aparentemente inapropriado que as decisões sejam tomadas de acordo com o modelo do Sistema 2 de Kahneman, onde a mente é mais lenta, opera com base em regras, é analítica e controlada, e onde a razão domina. Decisões tomadas de acordo com o modelo do Sistema 2 requerem um nível de esforço cognitivo que poderá não estar disponível em certos contextos, tais como as decisões sobre a lei de regência de contratos internacionais.

Consequentemente, enquanto decidem sobre a lei de regência, as partes raramente avaliam os pormenores de uma determinada lei, e, ao invés, seguem os passos de outros indivíduos quando confrontados com a mesma situação. Isto poderá explicar por que é que certas leis são escolhidas à luz de elementos pouco tangíveis, por exemplo a neutralidade política e a lei suíça<sup>13</sup>.

Como Korobkin acertadamente assinala “... indivíduos são compreendidos não como implacáveis otimizadores, mas como seres humanos de racionalidade limitada composta de energia e atenção cognitiva limitadas, e se valem de uma cacofonia de atalhos heurísticos”<sup>14</sup>.

Na mesma linha de pensamento, Zajonc sintetiza: “Por vezes nos iludimos ao pensar que procedemos de uma forma racional e que pesamos todos os prós e contras das várias alternativas. No entanto, este é provavelmente um caso raro. Na maioria das vezes, a informação recebida acerca das alternativas nos serve menos para tomar uma decisão e mais para a justificarmos posteriormente.”<sup>15</sup>.

Essas limitações cognitivas são atribuídas à “racionalidade limitada” do ser humano, um conceito primeiramente introduzido por Herbert Simon<sup>16</sup>. Esse conceito refere-se ao fato de que as habilidades cognitivas não são infinitas; somos lamentavelmente falíveis e suscetíveis a erros no processamento e avaliação de informação.

Conforme mencionado, Kahneman distingue dois modelos de pensamento por meio dos quais tomamos decisões: o Sistema 1 e o Sistema 2. Este último, já exposto, trata do pensamento consciente e direcionado. Kahneman defende que a diferença nos esforços empreendidos oferece o indicador mais útil sobre como um processo específico deve ser

<sup>12</sup> J. A. MAULE / G. P. HODGKINSON, “Heuristics, biases and strategic decision making”, *The Psychologist*, v. 15, issue 2, 2002, pp. 68-71, p. 68. Ver também M.I. FRAIDIN, referindo-se ao processo decisório heurístico como sendo “indutivo, rápido, e instintivo, requerendo esforços mínimos” (tradução não oficial de: “*inductive, speedy, and instinctive, and requires minimal effort*”). M.I. FRAIDIN, “Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability”, *Cleveland State Law Review*, vol. 60, 2013, pp. 913-974, p. 919. Para uma análise mais profunda de limitações cognitivas, ver também B. E. HERMALIN / A. W. KATZ / R. CRASWELL (nota 10), p. 70, argumentado que “o modelo” mais simples de racionalidade limitada é o de que as pessoas cometem erros. Elas falham em prever todas as possíveis contingências e, assim, os seus contratos sofrem por força das contingências não previstas” (tradução não oficial de: “*the simplest “model” of bounded rationality is that people make mistakes. They fail to foresee all possible contingencies and, thus, their contracts suffer from unforeseen contingencies*”).

<sup>13</sup> Ver os resultados empíricos relacionados com a escolha da lei aplicável em contratos transnacionais: S. VOIGT, “Are international merchants stupid? Their choice of law sheds doubt on the legal origin theory”, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 5, issue 1, 2008, pp. 1-20; S. VOGENAUER, “Perceptions of Civil Justice Systems in Europe and their Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law: an Empirical Analysis”, em S. VOGENAUER / C. HODGES (eds.), *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

<sup>14</sup> R. KOROBKIN, “What comes after victory for behavioral law and economics”, *U. Ill. L. Rev.*, n. 5, 2011, pp. 1653-1674, p. 1660 (tradução não oficial de: “...individuals are understood not as ruthless optimizers, but as boundedly rational human beings who have a limited supply of cognitive energy and attention and rely on a cacophony of heuristic cues”).

<sup>15</sup> R.B. ZAJONC, “Feeling and thinking: Preferences need no inferences”, *American Psychologist*, v. 35, issue 2, 1980, pp. 151-175, p. 155 (tradução não oficial de: “*We sometimes delude ourselves that we proceed in a rational manner and weigh all the pros and cons of the various alternatives. But this is probably seldom the case. Most of the time, information collected about alternatives serves us less for making a decision than for justifying it afterward.*”).

<sup>16</sup> H. A. SIMON, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *Quarterly Journal of Economics*, v.69, 1955, pp. 99-118.

alocado ao Sistema 1 ou ao Sistema 2. Conseqüentemente, em situações em que há restrições temporais, financeiras e de energia, como as decisões sobre a lei de regência, a decisão parecer ser mais adequada ao Sistema 1, apesar de não ser necessariamente uma decisão consciente da parte contratante.

Kahneman explica que isto é assim porque “*nós respondemos ao mundo de maneiras as quais não estamos conscientes e não podemos controlar. As operações do Sistema 1 são rápidas, não exigem grandes esforços, são associativas e frequentemente com grande carga emocional; estão também governadas pelo hábito, portanto são difíceis de serem modificadas ou controladas.*”<sup>17</sup>.

O Sistema 1 vai apreendendo associações entre ideias (por exemplo, um indivíduo que associa a lei suíça como uma boa escolha de lei de regência porque um colega de trabalho obteve uma experiência recente de sucesso com a lei suíça, ou que associa a lei inglesa no âmbito de uma escolha de lei de regência como mais eficiente, dado os numerosos relatórios publicados que descrevem a eficiência dos tribunais ingleses); e também vai desenvolvendo habilidades como ler e entender as nuances de contextos sociais. Este conhecimento é arquivado na memória e consultado de maneira não intencional e sem esforço.

Como já referido, vários dos processos decisórios governados pelo Sistema 1 são completamente involuntários. Por exemplo, o mesmo indivíduo no exemplo acima ao concluir que os tribunais ingleses são eficientes, sem mais considerações, em uma decisão sobre a lei de regência.

O Sistema 1 é rápido e eficiente, mas Kahneman alerta que esse sistema é incapaz de estimar os valores e probabilidades associados com cada opção disponível. Portanto, para ativar o Sistema 1 e executar decisões em tempo, baseamo-nos na intuição<sup>18</sup>.

### III. Escolhas intuitivas

No âmbito de um processo decisório intuitivo<sup>19</sup>, quando confrontados com escassez ou assimetria de informação, os indivíduos utilizam atalhos mentais para tomar decisões. Em tais cenários, a decisão será tomada com base no sucesso ou fracasso num ambiente

<sup>17</sup> Entrevista disponível em [http://www.strategy-business.com/article/03409?gko=7a903] (tradução não oficial de: “*we respond to the world in ways that we’re not conscious of, that we don’t control. The operations of System 1 are fast, effortless, associative, and often emotionally charged; they’re also governed by habit, so they’re difficult either to modify or to control.*”).

<sup>18</sup> R. КОРОВКИН / С. ГУТНЬЕ, “*Heuristics and biases at the bargaining table*”, *Marq. L. Rev.*, v. 87, 2003, pp. 795-808, p. 798.

<sup>19</sup> *Id.* Sobre este ponto, ver também M.I. ФРАЙДИН, “*Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability*” (nota 12), pp. 919-920, referindo que “[...] mecanismos de heurística incluem “disponibilidade” e “representatividade”, entre outros “atalhos mentais” [...] A disponibilidade heurística permite ao decisor chegar a uma decisão por referência imediata e reflexiva a uma situação diferente que rapidamente surge na sua mente [...] A “representatividade” heurística reflete de forma semelhante a substituição pelo decisor de uma coisa por outra. O decisor que se apoia na representatividade heurística analisa a probabilidade considerando “o grau em que A é representativo de B, ou seja, o grau em que A se assemelha a B” [...] “Afeto” ou o sentimento ruim ou bom gerado por uma pessoa ou um evento é outra heurística que por vezes conduz o processo decisório (tradução não oficial de: “[...] heuristics devices include “availability” and “representativeness”; among other “mental shortcuts” [...] The availability heuristic allows a decision-maker to reach a decision by immediate, reflexive reference to a different situation that comes readily to mind [...] The “representativeness” heuristic similarly reflects a decision-maker’s substitution of one item for another. A decision-maker who relies on the representativeness heuristic assesses a probability “by the degree to which A is representative of B, that is, by the degree to which A resembles B” [...] “Affect” or the good or bad feelings generated by a person or event, is another heuristic that sometimes drives decision-making.”).

de mundo real, e não de acordo com regras lógicas e/ou matemáticas<sup>20</sup>. É um processo cognitivo simplificado para tomar decisões diante de incertezas.

Os canais pelos quais a intuição flui livremente são comumente chamados de heurísticas. Uma das vantagens de se utilizar esses canais, ou atalhos mentais, é o efeito ‘catalisador’ e de ‘economia decisória’: gasta-se menos tempo para tomar uma decisão quando comparamos com os ‘processos convencionais’, o que pode ser particularmente atraente para a parte que o utiliza. Assim, esses atalhos mentais são apropriados em situações de limitação de tempo<sup>21</sup>.

Por exemplo, num contexto de negócios, onde os comerciantes operam sob pressão, com prazos e agendas apertadas, a escolha da lei de regência pode ser alocada para a fase final das negociações. Esta escolha não é rara – apesar de equivocadamente tratada como a cláusula do “último minuto” –, no feliz anglicismo de “*last minute clause*” e perigosamente considerada um “detalhe periférico” no desenho do contrato.

#### 1. Heurísticas

As heurísticas podem ser definidas como atalhos mentais que o cérebro adota para a tomada de decisões. Tversky e Kahneman identificaram vários mecanismos de heurística que frequentemente utilizamos para tomar decisões: “*disponibilidade*” e “*representatividade*”. Outros estudos identificaram, igualmente, atalhos mentais que influenciam decisões de forma semelhante, tais como a “*dependência do afeto*”, ou “*sentimentos gerados no decisor pela pessoa ou pelo argumento*”<sup>22</sup>.

No que diz respeito aos mecanismos por detrás desses atalhos, Kahneman argumenta que o conceito central de julgamentos intuitivos e preferências é a acessibilidade – a facilidade (ou esforço) com que determinados conteúdos nos vêm à mente. Kahneman explica, ainda, que a acessibilidade de um pensamento é determinada conjuntamente pelas características dos mecanismos cognitivos que o produzem e pelas características dos estímulos e eventos que os acionam<sup>23</sup>.

Assim, é possível afirmar que os diferentes aspectos (substantivos) de, ou impressões sobre, determinada lei de regência, bem como de seus atributos, podem ser explicados

<sup>20</sup> Para mais informação sobre heurística e processos de escolha da lei aplicável, ver L. SPAGNOLO, “*Green Eggs and Ham: the CISG, Path Dependence, and the Behavioural Economics of Lawyers Choices of Law in International Sales Contracts*”, *Journal of Private International Law*, v. 6, issue 2, 2010, pp. 417-464, p. 438. Para um estudo sobre heurística e arbitragem internacional, ver L. REED, “*The 2013 Hong Kong International Arbitration Centre Kaplan Lecture – Arbitral Decision-Making: Art, Science or Sport?*”, *Journal of International Arbitration*, v. 30, issue 2, 2013, pp. 85-99.

No mesmo sentido, embora alterando o foco para aspectos de direito e economia, o Dr. Schultz identifica fatores extrajurídicos que podem influenciar o processo decisório na arbitragem. Ver T. SCHULTZ, “*Arbitral Decision-Making: Legal Realism and Law & Economics*”, *J Int. Disp. Settlement*, v. 6, issue 2, 2015, pp. 231-251. Finalmente, discutindo a abordagem comportamental do processo decisório arbitral, ver S. BREKOUAKIS, “*Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making*”, *J Int. Disp. Settlement*, v. 4, issue 3, 2013, pp. 552-585.

<sup>21</sup> J. A. MAULE / G. P. HODGKINSON, “*Heuristics, biases and strategic decision making*”, (nota 12), p. 70. Neste ponto, ver também K. HALL, “*Why Good Intentions are Often Not Enough: The Potential for Ethical Blindness in Legal Decision-Making (November 4, 2009)*”, em R. MORTENSEN / M. ROBERTSON / L. COBBIN / F. BARTLETT / K. TRANTER (eds.), *Reaffirming legal ethics: taking stock and new ideas*, Routledge, 2009, p. 3, onde se argumenta que “no contexto do desenvolvimento de modelos sobre as formas como as pessoas compreendem a linguagem, processam informação, utilizam a memória, desenvolvem julgamentos, tomam decisões e avaliam comportamentos, resulta cada vez mais claro que grande parte destes processos mentais ocorrem fora do campo de visão dos indivíduos envolvidos.” (tradução não oficial de: “*in the context of developing models of the ways in which people comprehend language, process information, utilize memory, develop judgments, make decisions and evaluate behavior, it has become increasingly clear that large parts of these mental processes occur outside of the view of the individuals involved.*”).

<sup>22</sup> M.I. ФРАЙДИН, “*Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability*”, (nota 12), p. 919.

<sup>23</sup> D. KAHNEMAN, “*A perspective on judgment and choice: mapping bounded rationality*”, *American Psychologist*, v. 58, issue 9, 2003, pp. 697-720, p. 699.

através da respectiva acessibilidade. Além disso, os determinantes da acessibilidade sub-somem-se às noções de estímulos salientes, atenção seletiva, treino específico, ativação por associação e efeito “*priming*”<sup>24</sup>.

Oferecemos a seguir uma lista não-exaustiva de heurísticas relevantes<sup>25</sup>:

**Heurística de representatividade:** a representatividade envolve concluir pela probabilidade de um evento com base na semelhança entre o evento em análise e o conhecimento existente sobre eventos semelhantes.

**Heurística de ancoragem-e-ajuste:** avalia-se um problema partindo-se de um ponto de referência inicial – com frequência um ponto que nos é sugerido – mas sobre o qual não realizamos ajustes suficientes. Ancoragem-e-ajuste refere-se à tendência de os julgamentos serem viesados para favorecer um valor a que se chegou inicialmente sem computação ou apenas com computação parcial.

**Heurística de disponibilidade:** uma decisão é frequentemente tomada com base no que mais facilmente se recorda em um dado momento. Isso se refere à forma como os julgamentos de probabilidade ou frequência são influenciados pela facilidade com que exemplos passados são lembrados.

O emprego da heurística gera rotineiramente vieses cognitivos, o que leva indivíduos a distorcerem a realidade pois fazem suposições ou generalizam tópicos baseados na incompletude de fatos e informação. Exemplificamos:

**Efeito de enquadramento:** as diferenças na forma como uma pergunta é colocada podem gerar respostas muito diferentes. Tversky e Kahneman argumentam que se usa o termo “*enquadramento decisório*” para se referir à realização de atos, resultados e contingências associadas a uma escolha particular do indivíduo que toma a decisão; o enquadramento que esse indivíduo adota é controlado em parte pela formulação do problema e em parte pelas normas, hábitos, e suas características pessoais<sup>26</sup>.

**Efeito halo:** a partir do momento em que uma boa ou má impressão é formada, tal impressão é comumente intensificada de forma generalizada ou exagerada<sup>27</sup>.

**Viés “*status quo*”:** os indivíduos tendem a preferir uma opção consistente com o atual estado das coisas<sup>28</sup>.

Além da não-exaustiva lista de heurísticas acima, deve-se mencionar que esses ata-

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, “Judgment under uncertainty: Heuristics and biases”, *Science*, v. 185, 1974, pp. 1124-1131. Ver também J. A. MAULE / G. P. HODGKINSON, (nota 12), p. 69.

<sup>26</sup> A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, “The framing of decisions and the psychology of choice”, (nota 6), p. 453.

<sup>27</sup> J. A. MAULE / G. P. HODGKINSON, (nota 12), p. 69.

<sup>28</sup> R. KOROBKIN / C. GUTHRIE (nota 18), p. 805. Ver também G. MOSER, “Choice of Law, Brexit and the ‘Ice Cream Flavour’ Dilemma”, *Kluwer Arbitration Blog*, 14 November 2018, disponível em: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/14/choice-of-law-brexit-arbitration-and-the-ice-cream-flavour-dilemma/].

hos são influenciados por experiências reais, moldadas em grande parte pela carga afetiva que lhes é atribuída.

## 2. Afeto

Preferências não se criam no vácuo, mas sim dependem de um contexto de estímulos. Esse contexto poderá incluir o ambiente como um todo ou o contexto local e alcance da decisão a ser tomada. Poderá também incluir um contexto mais amplo baseado nas experiências passadas e presentes do indivíduo<sup>29</sup>.

Os mecanismos de heurística demonstram que somos influenciados por experiências passadas e pela vontade de tentar modificar as situações do presente. É provável que indivíduos façam julgamentos relativos a fatos existentes e a probabilidades futuras de modo a reafirmarem suas crenças pré-existentes<sup>30</sup>.

No entanto, a percepção é seletiva e a memória está sujeita a variáveis externas. Assim, os resultados tipicamente atribuídos a certas alternativas poderão ser equivocadamente analisados<sup>31</sup>. Isso ocorre porque as decisões são invariavelmente tomadas sem um total conhecimento das suas respectivas consequências. Ademais, decisões tomadas em um contexto de incerteza reclamam a avaliação de dois atributos: o quanto se almeja os possíveis resultados e a probabilidade de sua ocorrência<sup>32</sup>.

Nesse sentido, as partes contratantes podem ter simpatia, antipatia, sensibilidade ou maior inclinação com relação à determinada lei de regência do contrato internacional. Incluídos nessa “*balança*” estão os gostos, aversões, predileções ou preconceitos, preferências, atitudes, impressões, aparências externas e sentimentos internos. Todos esses são importantes elementos de percepção das partes contratantes. Certamente, muitas dessas percepções são o resultado de experiências passadas, seja de sucesso ou de fracasso.

Na discussão sobre processos decisórios, as reações afetivas desempenham um papel chave. Isso porque as preferências não se limitam simplesmente a calcular a combinação

<sup>29</sup> K. HALL, (nota 21), p. 5, argumentando que “como não conseguimos consultar a memória do nosso processo decisório, inconscientemente invocamos teorias baseadas em explicações culturais ou subculturais de eventos, experiências e observações para explicar as nossas ações” (tradução não oficial de: “because we are not able to consult a memory of our decision making processes, we unconsciously draw upon theories that are based on cultural or sub-cultural explanations of events, experience and observation to explain our actions”).

<sup>30</sup> R. KOROBKIN / C. GUTHRIE, (nota 18), p. 800, alegando que “esta tendência frequentemente resultará em julgamentos comprometidos pelo viés designado “egoísta” ou “egocêntrico”” (tradução não oficial de: “this tendency will often result in judgments compromised by what is called the “self-serving” or “egocentric” bias”).

<sup>31</sup> Cooter et al. discutem outro viés cognitivo chamado de “efeito do falso consenso”, que tem lugar quando “um indivíduo que projeta o seu próprio comportamento na sociedade superestima o número de pessoas que se comportam como ele. Este viés está relacionado intimamente com o que a literatura da psicologia intitula de efeito do falso consenso (EFC), e que se refere a situações em que o indivíduo erroneamente pensa que os outros concordam com ele. De acordo com o EFC, as pessoas tendem a superestimar o apoio social das suas próprias posições e subestimam o apoio social vindo de pessoas que têm opiniões opostas. Tudo indica que atores da sociedade tendem a formar uma ideia de falso consenso sobre uma parcela comum do seu próprio comportamento. Vários mecanismos psicológicos podem causar este viés “tal-como-eu”. Um desses mecanismos é cognitivo: o indivíduo tem em conta posições com as quais concorda e ignora posições com as quais discorda. A atenção seletiva permite que a posição preferida domine o seu pensamento. As pessoas têm igualmente tendência para se associar com outras com quem partilham de forma geral as suas crenças, atitudes e valores” (tradução não oficial de: “an individual who projects his own behavior onto society overestimates how many others behave like he does. This bias is closely related to what the psychology literature calls the false consensus effect (FCE), which refers to a situation where people mistakenly think that others agree with them. According to the FCE, people tend to overestimate the social support of their own views and underestimate the social support for people who hold opposing views. Evidence suggests that social observers tend to form a false consensus with respect to the relative commonness of their own behavior. Several psychological mechanisms could cause just-like-me bias. One such mechanism is cognitive: a person may attend to positions with which he agrees and dismiss positions with which he disagrees. Selective attention allows his preferred position to dominate his consciousness. People also tend to associate with others who share their general beliefs, attitudes, and values.”); R. D. COOTER, M. FELDMAN & Y. FELDMAN, “The misperception of norms: The psychology of bias and the economics of equilibrium”, *Review of Law & Economics*, v. 4, issue 3, 2008, pp. 889-911, pp. 897-898.

<sup>32</sup> A. TVERSKY / C.R. FOX, “Weighing risk and uncertainty”, *Psychological Review*, v. 102, issue 2, 1995, pp. 269-283, p. 269.

de preferências e determinadas ponderações. As atitudes constituem unidades de informação com afeto ou utilidades anexadas a si mesmas<sup>33</sup>.

De acordo com os modelos prevalentes sobre afeto, uma reação afetiva, como gostar, não gostar, preferir, avaliar ou experimentar prazer ou descontentamento, é baseada num processo cognitivo anterior. Nesse processo são realizadas uma série de discriminações de conteúdo e identificação de qualidades, examinadas de acordo com seu valor e ponderadas pela respectiva contribuição. Finalizada essa tarefa analítica, a somatória dos componentes poderá gerar um julgamento afetivo<sup>34</sup>.

Da mesma forma, antes de uma parte contratante decidir por essa ou aquela lei de regência, a parte contratante terá que ter algum conhecimento sobre tal lei, ou ao menos sobre alguns de seus traços distintivos. Assim, essas reações afetivas e o resgate do afeto ocorrem sem esforço. Reações afetivas a um estímulo poderão ser adquiridas em virtude de experiências com esse estímulo, mesmo que essas reações afetivas não sejam acompanhadas por um reconhecimento consciente<sup>35</sup>.

De forma semelhante a essa ideia, Kahneman argumenta que a valência afetiva é uma avaliação natural e, portanto, é candidata a ser substituída por várias reações que manifestam atitudes. O autor refere, ainda, que há prova convincente no sentido de afirmar que cada estímulo evoca uma avaliação afetiva, e que ela nem sempre é consciente<sup>36</sup>. “Valência” é o que a psicologia define como o grau de atração ou aversão que o indivíduo sente em relação a um objeto ou evento específico.

A esse respeito, sentimentos positivos podem promover comportamentos que procuram a variedade, ao mesmo tempo em que podem levar o indivíduo a superestimar a probabilidade de eventos favoráveis e subestimar a probabilidade de eventos desfavoráveis. Por outro lado, experiências negativas podem produzir uma redução de atenção e falha na busca por novas alternativas. Efeitos de enquadramento, contextos de estímulo e modos de resposta podem influenciar de forma profunda as decisões e as preferências, de modo que poderão variar dependendo de cada um desses fatores<sup>37</sup>.

Como já tratado, há uma clara relação entre afeto e cognição. Imagens que são assinaladas com sentimentos positivos e negativos guiam julgamentos e processos decisórios. A heurística de afetos é mobilizada para realizar julgamentos, ou seja, as representações de objetos e eventos na mente das pessoas estão rotuladas em vários graus de afeto<sup>38</sup>.

33 R. B. ZAJONC, (nota 15), p. 158.

34 Ibid.

35 R. B. ZAJONC, (nota 35), p. 163.

36 D. KAHNEMAN, (nota 230), p. 710. Há também estudos sobre percepção de risco nas preferências individuais. Essa abordagem considera risco como uma construção multidimensional que inclui dimensões de temor, falta de familiaridade, falta de controle. Ver, nesse sentido, B.A. MELLERS / A. SCHWARTZ / A.D.J. COOKE, (nota 6), p. 451.

37 Id., pp. 454-455.

38 R. D. COOTER / M. FELDMAN / Y. FELDMAN, (nota 31), p. 896.

Em psicologia, “saliência” se refere à facilidade em recordar eventos vividos recentemente. Psicólogos têm concluído que as pessoas tendem a superestimar a probabilidade de eventos salientes e subestimar a probabilidade de eventos não salientes<sup>39</sup>.

Além disso, nos processos decisórios ou de julgamento, as pessoas consultam ou têm por referência uma “piscina de emoções”<sup>40</sup>, ou “*affect pool*”, na feliz expressão cunhada por P. Slovic e outros, cujo “teor” conteria todos os rótulos positivos e negativos consciente ou inconscientemente associados com as representações. Tal como a imaginação, memória e similaridade servem como atalhos para julgamentos de probabilidade (por exemplo, heurísticas de disponibilidade e de representatividade), razão pela qual o afeto pode servir de base para decisões importantes. Uma impressão afetiva facilmente disponível pode ser um recurso mais rápido e eficiente do que ponderar os prós e contras ou lembrar de exemplos relevantes, especialmente quando o julgamento ou decisão são complexos ou os recursos mentais são limitados<sup>41</sup>.

Além disso, os indivíduos podem também estar influenciados pelo viés do “*status quo*”, de forma que tendem a realizar uma decisão consistente com o estado atual das coisas<sup>42</sup>. Isso também pode explicar porque as partes contratantes provavelmente continuarão uma certa prática, como a de manter contratos-padrão, onde a lei de regência já está definida sem qualquer outra consideração<sup>43</sup>.

## IV. Pesquisa Empírica Global sobre a Escolha da Lei de Regência

O objetivo da Pesquisa Empírica Global sobre a Escolha da Lei de Regência (“Pesquisa”) foi oferecer um diagnóstico completo das preferências das partes no contexto de negociações em contratos internacionais, de modo a revelar estratégias e escolhas das partes quando da decisão e análise da lei de regência de contratos de compra e venda internacional. A Pesquisa também buscou apurar as precauções das partes e suas considerações de ordem jurídica e econômica quando da eleição da lei de regência<sup>44</sup>.

### 1. Resumo

#### Perfil dos Participantes

O perfil dos participantes foi determinado com base em experiência profissional, família jurídica e localização geográfica. Foram convidados a participar da Pesquisa profissionais (advogados de escritórios e advogados de empresa) de destaque em suas respec-

39 Ibid.

40 P. SLOVIC / M. FINUCANE / E. PETERS / D. G. MACGREGOR, “The Affect Heuristic”, em T. Gilovich / D. Griffin / D. Kahneman (eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, Cambridge University Press, 2002, pp. 400-401.

41 P. SLOVIC / M. FINUCANE / E. PETERS / D. G. MACGREGOR, “The Affect Heuristic”, (nota 40), pp. 400-401.

42 R. KOROBKIN / C. GUTHRIE (nota 18), p. 805. Ver, nesse sentido, G. MOSER, “Choice of Law, Brexit and the ‘Ice Cream Flavour’ Dilemma”, (nota 28).

43 Ibid. Ver também A. COMBRA TRIGO, “Choice of Law and Arbitration in International Contracts: A Roundtable with Stakeholders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 16 May 2019, disponível em: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/16/choice-of-law-and-arbitration-in-international-contracts-a-roundtable-with-stakeholders/]; e G. BECKER, “Rethinking Choice of Law and International Arbitration in Cross-border Commercial Contracts”, *Conflict of laws.net*, 17 May 2019, disponível em: [http://conflictolaws.net/2019/rethinking-choice-of-law-and-international-arbitration-in-cross-border-commercial-contracts/].

44 Os detalhes da pesquisa são discutidos em G. MOSER, *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, Eleven Publishing International, 2018, pp. 34-92.

tivas jurisdições e com larga experiência em negociação de contratos de compra e venda internacional. Os profissionais convidados foram minuciosamente selecionados por meio de uma criteriosa avaliação.

Note-se, ainda, que profissionais que combinavam experiências em direito de compra e venda internacional com conhecimento em outras áreas jurídicas também foram convidados. O objetivo da Pesquisa foi oferecer uma perspectiva multidisciplinar do processo de escolha da lei de regência e uma visão mais clara dessa prática em todo o mundo.

### Metodologia

A Pesquisa foi composta por um questionário online acessível apenas por convite, cujo conteúdo foi disponibilizado por meio de um *link* que direcionava o participante para oito questões. Em 7 questões oferecia-se ao participante uma lista de opções com respostas-padrão cujo teor continha elementos racionais e intuitivos encontrados em qualquer contexto de negociação internacional. Entretanto, o participante também poderia optar por adicionar considerações não contempladas nas respostas-padrão. Ao final da Pesquisa, o participante era confrontado com uma última questão, sobre a qual trataremos mais adiante, na qual deveria indicar se tomou determinada decisão no passado, ou poderia optar por não responder. Os participantes foram convidados a participar da Pesquisa de julho a setembro de 2014.

No convite online, os participantes foram informados sobre os objetivos da Pesquisa, bem como sobre sua estrutura, o tempo estimado para responder ao questionário e o *link* de acesso.

Ao preencher o questionário, ao participante era permitido especificar outras escolhas, preferências e/ou preocupações não listadas nas respostas-padrão e/ou adicionar qualquer comentário sobre o processo de escolha da lei de regência.

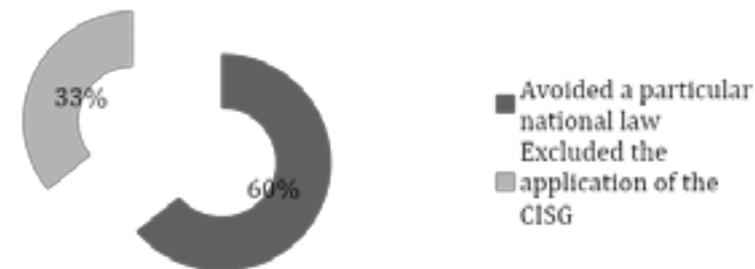
O questionário continha uma lista indicativa e não-exaustiva de preferências, que se concentrava, em grande medida, em considerações de ordem jurídica e econômica, com algumas variações terminológicas para fins de adequação e metodologia. Além disso, em todas as questões propostas, foi disponibilizado ao participante a possibilidade de identificar ou especificar outras escolhas, preferências e/ou preocupações, que também poderiam ser usadas para conectar perguntas precedentes a uma opção de resposta não presente na lista de opções, além de considerações e comentários adicionais.

### Resultado da Pesquisa

No total, 228 participantes de 93 jurisdições participaram da Pesquisa. Os participantes eram provenientes de locais na Europa, Ásia, Américas e Caribe, África e Oceania<sup>45</sup>.

Neste artigo, focaremos na última questão da Pesquisa, cujo teor transcrevemos abaixo:

**Question 8:** *In your experience in negotiating a substantive law to govern an international sales contract, please indicate if you have undertaken one (or both) of the following approaches and, if so, please specify the reason(s) for that:*



Aos participantes foi solicitado que indicassem se uma lei nacional específica e/ou a CISG havia (m) sido evitada (s) ou excluída (s).

No total, 33% dos participantes já excluíram a CISG e 60% evitaram uma lei nacional específica. Os participantes poderiam ou não especificar a razão para evitar ou excluir a CISG, embora tenham sido encorajados a especificar suas razões em atenção aos propósitos da Pesquisa.

Dos 60% dos participantes que evitaram uma lei nacional específica, 37% não informaram nem divulgaram as razões relevantes.

Dos 33% dos participantes que optaram por excluir a aplicação da CISG, 45% não informaram ou divulgaram o motivo da respectiva exclusão.

É importante sublinhar que os participantes podiam optar por não responder à questão 8. A parcela de 33% que optaram por excluir a aplicação da CISG representou 76.5% da totalidade dos participantes (228 participantes). Portanto, 23.5% dos participantes não responderam à questão 8<sup>46</sup>.

### 2. Destaques dos Resultados da Pesquisa

Como são tomadas as principais decisões em um contrato, tal como a decisão sobre a lei que rege os contratos de compra e venda internacional? O que desencadeia essa deci-

<sup>45</sup> A lista completa de jurisdições está disponível em G. Moser, *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, (nota 44), p. 40.

<sup>46</sup> Para uma reflexão completa do questionário, ver G. Moser, *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, Eleven Publishing International, (nota 44), pp. 34-92.

são? Ela é construída sob os alicerces de processos racionais ou é baseada em processos intuitivos? Podemos qualificar e quantificar os componentes racionais e intuitivos dessa decisão? Como podemos influenciar e melhorar essa escolha?

Não parece haver uma resposta única para todas essas perguntas. No entanto, trataremos a seguir de algumas peculiaridades identificadas nas respostas dos participantes.

### A) Respostas intuitivas

A última questão da Pesquisa exigia uma resposta da modalidade “sim ou não” e “por quê”. Ao examinar as respostas dadas à última questão, percebemos que os participantes pareciam se valer mais da intuição para responder, incluindo o resgate a experiências de sucesso ou fracasso.

Além disso, em análise holística, notamos certas incongruências entre as preferências das partes e as suas escolhas reais, de forma que parece ter havido uma distorção de preferências refletidas nas respostas dos participantes. Essas inconsistências serão exploradas na sequência deste artigo.

Na seção seguinte, pretende-se demonstrar como fatores externos podem distorcer as preferências. Trataremos, portanto, das razões pelas quais as partes contratantes tomam certas decisões e, em seguida, avaliaremos se as escolhas tomadas foram realmente eficientes à luz das razões articuladas pelos participantes em suas respostas.

As considerações selecionadas a seguir, extraídas de diferentes perguntas da Pesquisa, servirão de base para uma investigação mais profunda sobre a temática deste artigo:

- Nível de desenvolvimento da potencial lei aplicável;
- Efeitos positivos sobre a parte que procura aconselhamento;
- Aconselhamento e experiências favoráveis do cliente;
- Semelhança entre a lei escolhida e a lei do cliente;
- É considerada uma «lei fraca»;
- As limitações das leis materiais de muitos países subdesenvolvidos;
- Lei não desenvolvida suficientemente para reger os principais aspectos das questões contratuais;
- Lei não desenvolvida no setor de energia;
- Leis «exóticas» que sempre se aconselha a não aplicação;
- Soluções indesejáveis;
- Os clientes não gostam da CISG porque as pessoas a excluem;
- Sem experiência; e
- Uso de contrato precedente que excluiu a CISG.

Essas respostas possuem vários significados cujo teor será útil aos leitores que dese-

jam entender o processo de tomada de decisão sobre a lei aplicável.

Como uma observação preliminar, na visão do autor as respostas articuladas acima são o produto de vieses cognitivos ou erros em estimativas ou probabilidades, levando a cenários de racionalidade difusa e rarefeita. Por consequência, em tais circunstâncias as partes contratantes podem simplesmente “deixar de lado” a melhor escolha em razão de vieses cognitivos. Além disso, as emoções podem ser vilãs de decisões mais ajustadas e acertadas no contexto de negócios.

Portanto, a análise a seguir objetiva fornecer aos leitores alternativas para enfrentar, controlar ou minimizar os efeitos dos vieses cognitivos na escolha de lei aplicável a contratos de compra e venda internacional, bem como oferecer ferramentas para otimizar essas decisões.

Para fins metodológicos, as citações acima serão organizadas em grupos separados nos quais serão analisados os impulsos e as idiosincrasias cognitivas por trás dessas escolhas, observando-se as discussões teóricas do início deste artigo.

#### a) “Grupo de (pré)-juízes”

Vamos chamar o primeiro grupo de “Grupo de (pré)-juízes”.

O primeiro grupo engloba as seguintes respostas: “nível de desenvolvimento da potencial lei aplicável”, “as limitações da lei material de muitos países subdesenvolvidos”, “lei material não suficientemente desenvolvida para reger os principais aspectos das questões contratuais”; “lei não desenvolvida dentro do setor de energia”, “lei fraca” e “lei exótica”.

#### i. Perfil

Esse grupo é composto por uma série de considerações dotadas de pré-julgamentos, discutivelmente relacionados a características específicas de uma lei contratual em uso. Neste grupo, as potenciais leis de regência foram rotuladas como “exóticas”, “fracas” e “substancialmente limitadas”. No entanto, o que esses adjetivos significam no contexto jurídico? Esta pode ser uma primeira indagação.

Poder-se-ia concluir que essas leis não foram suficientemente “testadas” ou “usadas” de um modo geral ou em contextos específicos? Ou melhor, será que tais leis não produziram resultados “desejáveis” ou “eficientes”? Em ambos os casos, seriam essas ilações baseadas em percepções da coletividade? Como isso foi medido ou quantificado por esses participantes?

Por exemplo, um dos participantes analisou a lei em relação a um contexto específico e respondeu: “lei não desenvolvida no setor de energia”, de forma que se percebe que esse indivíduo limitou a sua avaliação à indústria de energia.

Além disso, não resulta claro se essas leis de regência foram consideradas no tocante a disposições da compra e venda internacional (mote da Pesquisa) ou interpretadas em um sentido mais holístico.

Alternativamente, essas considerações podem, de alguma forma, ser vinculadas à percepção de certa “*pré-disposição*” de uma lei, por exemplo, uma lei que teoricamente ofereça dispositivos mais benéficos ao comprador ou vendedor. Se assim o for, deve-se ter em mente que as partes contratantes desempenham papéis diversos no decurso de uma relação contratual; portanto, certas disposições de lei originalmente entendidas como desfavoráveis podem subitamente se tornar atraentes.

Stefan Vogenauer afirma que nenhuma das partes contratantes sabe antecipadamente se está em melhor posição sob um ou outro regime<sup>47</sup>. Nesse mesmo sentido, Gary Born defende que os esforços das partes na barganha em torno da aplicação de uma lei que será mais vantajosa são muitas vezes utópicos em razão da dificuldade de se prever antecipadamente quais problemas surgirão em alguma disputa futura e de que lado a parte estará posicionada<sup>48</sup>.

Além das explicações apresentadas acima, não se pode desconsiderar o fato de que as respostas do “*Grupo de (pré)-juílgadores*” foram motivadas pelo nível de desenvolvimento socioeconômico do país em que a lei foi construída ou desenvolvida.

É provável que as respostas deste grupo foram produto de vícios ou erros cognitivos. Assim, as decisões que surgiram em razão desses vieses cognitivos podem não ser necessariamente uma escolha que foi antecipada pelos participantes quando tomaram sua decisão sobre a lei de regência.

Conforme discutido no início deste artigo, ao escolher uma lei de regência, as partes contratantes tendem a buscar resposta na “*piscina de emoções*”, onde identificadores positivos e negativos, consciente ou inconscientemente associados a certas opções, residem. Nesta busca à “*piscina de emoções*”, associações são realizadas de pronto e o resultado disso é a valência atribuída ao identificador particular. Essa operação pode ser muito mais fácil de se implementar do que pesar os prós e contras ou recordar lembranças antigas, especialmente quando a decisão é complexa ou os recursos mentais são limitados<sup>49</sup>.

Entretanto, como adverte Kahneman, embora todo estímulo evoque uma avaliação

47 S. VOGENAUER, “Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence”, *European Review of Private Law*, v.1, 2013, pp. 13-78, p. 21.

48 Sobre o assunto, ver G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 2747, para o qual as partes desejam uma lei material estável e um procedimento único e neutro. Born explica que esses objetivos são particularmente importantes em matérias comerciais internacionais, onde as diferenças entre leis e procedimentos nacionais podem ser significativas, onde a necessidade de previsibilidade e estabilidade é particularmente substancial e onde é agudo o risco de ações legislativas ou judiciais arbitrárias ou discriminatórias. Na mesma linha de pensamento, Ingeborg Schwenzler afirma que, ao concordar com a arbitragem, muitas das imponderabilidades relativas à escolha da lei e à aplicação da lei estrangeira podem ser contornadas. Veja-se I. SCHWENZLER, “Who Needs a Uniform Contract Law, And Why?”, *Villanova Law Review*, v. 58, issue 4, 2013, pp. 723-732, p. 724.

49 P. SLOVIC / M. FINUCANE / E. PETERS / D. G. MACGREGOR, (nota 40), pp. 400-401.

afetiva, isso nem sempre é consciente<sup>50</sup>. Portanto, em contextos laboriosos, que exigem trabalho deliberativo do decisor, como a escolha de uma lei contratual aplicável, a busca à “*piscina de emoções*” pode levar a erros de avaliação sistemáticos.

A esse respeito, as respostas do “*Grupo de (pré)-juílgadores*” podem ter sido motivadas por “*valências afetivas*”.<sup>51</sup> Neste caso, isso será em relação a uma determinada lei de contrato vigente. Isso também pode explicar, por exemplo, o fato de que 37% dos participantes não informaram ou divulgaram as razões para evitar uma lei nacional específica.

## ii. Abordagem prática

Como podemos enfrentar, controlar ou minimizar os efeitos dos vieses cognitivos?

A impopularidade de certas leis raramente é explicada racionalmente. Estudos sugerem que uma maior exposição à lei, combinada com o acesso mais amplo aos seus pormenores, pode ajudar a responder essa questão. Zajonc explicou em um artigo de referência que a exposição pode gerar um “*sentimento de simpatia*”<sup>52</sup>. O autor apresentou evidências empíricas em que as melodias reproduzidas cinco vezes foram mais apreciadas do que as melodias nunca ouvidas, embora os ouvintes não pudessem distingui-las em termos de familiaridade. Assim, uma maior exposição à lei de regência pode representar um primeiro passo para superar o “*medo do desconhecido*”.

Uma consideração adicional diz respeito à popularidade de certas leis desenvolvidas por estados politicamente neutros. Christiana Fountoulakis argumenta que é uma falácia popular<sup>53</sup> designar a lei de um estado politicamente neutro para reger contrato internacional cujos termos foram cuidadosamente redigidos e negociados sob outra lei, talvez de uma maneira diferente da lei do estado politicamente neutro. Dessa forma, outra maneira de minimizar os efeitos dos vieses cognitivos é investigar as razões secundárias de se optar ou excluir determinada lei de regência, já que certas exclusões e ponderações negativas associadas a leis contratuais podem ser produto de imperfeições cognitivas.

50 D. KAHNEMAN, (nota 23), p. 710.

51 M.I. FRAIDIN, (nota 22), p. 921, notando que por vezes a escolha entre várias opções é baseada na emoção que aquela opção gera no indivíduo que está preste a tomar a decisão.

52 R. B. ZAJONC, (nota 15), p. 163.

53 C. FOUNTOLAKIS, “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, v. 7, issue 3/4, 2005, pp. 303-329, p. 306 et seq. Nesta linha de pensamento, Schwenzler e Hachem afirmam que “as partes, recorrendo ao que acreditam ser uma ‘lei neutra, muitas vezes confundem a neutralidade política com a adequação da lei escolhida para transações internacionais” (tradução não oficial de: “parties, resorting to what they believe is a ‘neutral law, often confuse political neutrality with suitability of the chosen law for international transactions”). Segundo os autores, “se as partes escolherem uma terceira lei (neutra), elas podem se deparar com cenário mais adverso do que se tivessem escolhido uma de suas leis domésticas. Para começar, as partes terão de investigar o direito estrangeiro. Além disso, a tarefa de fazer a prova do direito estrangeiro invocado é ainda mais onerosa.” (tradução não oficial de: “if the parties choose such a third (neutral) law, they may be even worse off than if they had chosen one of their home laws. To begin with, they have to investigate this foreign law. Furthermore, the trouble and costs in proving it are even more burdensome”). I. SCHWENZLER / P. HACHEM, “The CISG: Successes and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, v. 57, 2009, pp. 457-478, p. 465. Para ilustrar que uma lei doméstica de compra e venda pode ser imprevisível e não adequada a contratos internacionais, os autores oferecem como exemplo a lei suíça: “Primeiro, se o vendedor não entrega bens em conformidade com o contrato, a Suprema Corte Suíça distingue entre *peius* (bens inferiores) e *aliud* (bens diferentes). No caso do primeiro, o comprador deve notificar imediatamente o vendedor (de acordo com o Artigo 201 do Código Suíço das Obrigações (CO)) para preservar quaisquer remédios por quebra de contrato com o prazo de prescrição de um ano (Art. 201 CO); no caso de *aliud*, o comprador pode exigir o cumprimento do contrato por dez anos após a sua conclusão, independentemente de ter ou não notificado sobre o seu descumprimento. E pode ser extremamente difícil estabelecer uma linha divisória clara entre *peius* e *aliud*” (tradução não oficial de: “First, if the seller does not deliver goods in conformity with the contract, the Swiss Supreme Court distinguishes between *peius* (inferior goods) and *aliud* (different goods). In case of the former, the buyer must give prompt notice to the seller (according to Article 201 of the Swiss Code of Obligations (CO)) to preserve any remedies for breach of contract with a one year limitation period (Art. 201 CO); in case of the latter, the buyer can demand performance for ten years after the conclusion of the contract regardless whether it gave notice of nonperformance or not. And it can be extremely difficult to predict where the line between *peius* and *aliud* will be drawn in a particular case”).

Como observação final, reputamos relevante considerar a presença da heurística de ancoragem-e-ajuste nas respostas do “Grupo de (pré-)juízes”. De acordo com este dispositivo heurístico, indivíduos avaliam uma escolha partindo de um ponto de referência inicial - muitas vezes sugerido a nós -, mas depois fazem ajustes insuficientes. No caso em questão, embora tenhamos dados limitados fornecidos por esses participantes, é provável que as partes contratantes tenham sugerido outras leis de regência na mesa de negociação. Os participantes podem ter avaliado as diferentes leis a partir de um ponto de referência inicial - provavelmente uma ou um conjunto de leis - resultando em ajustes equivocados ou insuficientes. Esses ajustes podem ter produzido os rótulos atribuídos às respostas acima. Entendemos que isso pode ter ocorrido pois o exercício comparativo frequentemente leva a inconsistências, dadas as diferentes variáveis em jogo, que nem sempre são facilmente identificáveis.

Como uma alternativa para combater ou controlar melhor esse viés, sugerimos uma abordagem em duas etapas. Primeiro, é importante alertar as partes contratantes de que, devido a limitações de tempo e cognição, corre-se o risco de que ajustes insuficientes sejam realizados no decorrer de uma escolha da lei de regência. Por mais singelo que possa soar, reconhecer a existência desses vieses é, por assim dizer, um “mecanismo mitigador”. Em segundo e último lugar, as partes contratantes devem entender que ajustes exigem atividade laboral cuja implementação não pode ser obstaculizada por atalhos mentais. Como tal, é aconselhável estabelecer uma estrutura elaborada para tomar decisões na esfera dos negócios, com o objetivo de catalisar o alcance de decisões mais racionais e filtrar os vieses cognitivos. Tais estruturas podem tomar a forma de exercícios métricos, em que o contratante usa um sistema de pontos para ranquear leis com base em critérios preestabelecidos ou o sistema de *checklists* para antecipar as considerações mais sensíveis em determinado contrato ou setor e selecionar a(a) que lhe(s) são mais vantajosa(s)<sup>54</sup>.

De mais a mais, parece-nos que os integrantes do “grupo de (pré-)juízes” tomaram decisões com base no Sistema 1, embora acreditando que o Sistema 2 estivesse em operação. Entendemos que contextos como a lei de regência exigem o uso do sistema deliberativo e reflexivo 2, sem o qual correr-se o risco de obtermos resultados ineficientes. No entanto, embora as decisões possam ser tomadas no Sistema 1, há ferramentas capazes de restringir ou filtrar os erros cognitivos produzidos por este Sistema.

#### b) “Grupo de empiristas”

Decidimos classificar o segundo grupo de “Grupo de empiristas”. Esse grupo engloba as seguintes respostas: “efeitos positivos sobre a parte que procura aconselhamento”, “soluções indesejáveis” e “experiências favoráveis do advogado e do cliente”.

<sup>54</sup> Ver as estruturas sugeridas em G. MOSEN, “Cognitive Errors and Thinking Aids: Rationalizing Choice of Law and Arbitration Clauses”, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 January 2019, disponível em: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/28/cognitive-errors-and-thinking-aids-rationalizing-choice-of-law-and-arbitration-clauses/].

Essas considerações se enquadram em uma categoria que também pode ser chamada de “juízo por experiência”. Em outras palavras, os participantes podem ter usado certas leis em seus contratos no passado e atribuído uma “nota” ou “classificação” a essa experiência.

#### i. Perfil

As respostas dos participantes deste grupo indicam que essas decisões foram derivadas de experiências colhidas na vida real. Nesse grupo, as experiências relacionadas às leis contratuais aplicáveis foram rotuladas como “positivas”, “indesejáveis” e “favoráveis”.

Embora as “notas” ou “classificações” atribuídas a essas experiências sejam facilmente identificáveis, não fica claro se as experiências individuais se relacionam ao resultado final ou às características da própria lei. Por exemplo, “soluções indesejáveis” podem ser classificadas dessa forma porque o usuário não obteve (ou obteve parcialmente) êxito em um processo judicial, ou obteve uma sentença arbitral desfavorável (ou parcialmente favorável) ou, alternativamente, deparou-se com lacuna no ordenamento jurídico x.

Além disso, parece que dispositivos heurísticos também podem ter guiado essas escolhas. Os dispositivos heurísticos “representatividade” e “disponibilidade” podem auxiliar na explicação dessas respostas. Vejamos:

**Representatividade:** a representatividade envolve julgar a probabilidade de um evento com base na similaridade entre esse evento e o conhecimento sobre ocorrências semelhantes.

**Disponibilidade:** a tomada de decisão é muitas vezes baseada no que é mais facilmente lembrado em um determinado momento. Refere-se à maneira como os julgamentos de probabilidade ou frequência são influenciados pela facilidade com que as experiências são lembradas.

Mellers (et al) afirmam que “baseamos muitas de nossas decisões em regras ou heurísticas que transmitem informações sobre quem somos e como interagimos com os outros. Essas decisões podem ter envolvido trocas em algum momento, mas elas se tornaram aplicações “genéricas” para determinadas situações. Independentemente da função da regra, esse processo minimiza o esforço e nos permite focar nossa atenção em outros assuntos”<sup>55</sup>.

Por exemplo, uma experiência positiva ou negativa com uma determinada lei contratual pode ficar registrada na mente de uma das partes contratantes e orientará prontamente a sua escolha. Além disso, o julgamento da probabilidade de sucesso ou fracasso de um contrato pode basear-se em um caso similar no passado em que a mesma lei foi escolhida.

<sup>55</sup> A. SCHWARTZ / A.D.J. COOKE, (nota 6), pp. 459-460.

No entanto, uma ressalva a ser feita é que, embora a função desses dispositivos é minimizar o esforço empreendido, esses atalhos frequentemente levam as partes ao terreno da irracionalidade. Isso porque, devido a erros sistemáticos nas estimativas, ou mesmo na comparação com experiências anteriores, partes contratantes podem negligenciar ou “deixar de lado” um acordo ou contrato mais vantajoso.

## ii. Abordagem prática

Como se pode, então, minimizar ou controlar os efeitos desses atalhos heurísticos? Provavelmente, é seguro dizer que estar ciente da existência desses atalhos, e de que suas rotas nem sempre conduzem ao melhor caminho, mas é um bom início. As partes contratantes devem antecipar essas variáveis e tentar corrigi-las ou explorá-las, conforme for apropriado.

Isso pode ser alcançado, em primeiro lugar, observando que boas e más experiências passadas estão sujeitas a diferentes perspectivas e sentimentos internos que moldam as percepções de uma parte contratante. Além disso, a percepção é seletiva e a memória está sujeita a variáveis externas, como o contexto da experiência colhida no passado. No entanto, é importante notar que um resultado indesejável ou solução fornecida por uma determinada lei aplicada no passado pode revelar-se vantajosa em um contexto de negócios diferente. As partes contratantes devem ser alertadas sobre esses fatos.

Kahneman e Riis, ao interpretarem a felicidade, aludem a dois *eus*.<sup>56</sup> Isso também pode colaborar a entender algumas das conotações classificadas como “boas” ou “ruins”. Afir-mam os autores que existe o “eu da experiência”, aquele que vive e para quem o tempo é fundamental; e o eu “auto-avaliador”, aquele que avalia a experiência, mantém escores e registros.

Kahneman e Riis afirmam ainda: “A principal descoberta dessa linha de pesquisa foi a de que episódios são avaliados pelo valor de um momento representativo, que pode ser o sentimento associado ao final ou a média ponderada do momento final - o mais intenso - isso tem sido chamado de regra de pico/fim. Como está implícito nessa regra que a avaliação dos episódios é notavelmente insensível à sua duração, esse fenômeno tem sido chamado de negligência de duração”.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> D. KAHNEMAN / J. RIIS, “Living, and thinking about it: Two perspectives on life”, em F. A. HUPPERT / N. BAYLIS / B. KEVERNE (Eds.), *The Science of Well-Being*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 285-304. Para ilustrar os vieses que resultam do domínio do eu “auto-avaliador”, os autores exemplificam: “... considere um amante de música que ouça alegremente uma longa sinfonia num disco que está arranhado perto do seu fim, produzindo então um ruído chocante. Tais incidentes são frequentemente classificados pela impressão de que o final ruim ‘arruinou toda a experiência’. Mas, de fato, a experiência não foi arruinada, apenas a memória dela. A experiência da sinfonia foi quase inteiramente boa, e o final ruim não desfez o prazer da meia hora anterior. A confusão da experiência com a memória que nos faz acreditar que uma experiência passada pode ser arruinada é uma ilusão cognitiva convincente. O eu auto-avaliador às vezes está simplesmente equivocado” (tradução não oficial de: “... consider a music lover who listens raptly to a long symphony on a disk that is scratched near the end, producing a shocking sound. Such incidents are often described by the statement that the bad ending ‘ruined the whole experience’. But, in fact, the experience was not ruined, only the memory of it. The experience of the symphony was almost entirely good, and the bad end did not undo the pleasure of the preceding half hour. The confusion of experience with memory that makes us believe a past experience can be ruined is a compelling cognitive illusion. The remembering self is sometimes simply wrong”, p. 285.

<sup>57</sup> Id., p. 286. Tradução não oficial de: “The principal finding of this line of research was that episodes are scored by the value of a representative moment, which can be the feeling associated with its end or a weighted average of the ending moment - the most intense one - this has been called the peak/end rule. As implied by the peak/end rule, the evaluation of episodes is remarkably insensitive to their durations - this phenomenon has been called duration neglect.”

Portanto, parece que um evento inteiro geralmente será representado por uma única memória e tendemos a pontuar ou atribuir escores a eventos ao nos depararmos com o seu desfecho. No entanto, isso pode levar a escolhas inadequadas. Por exemplo, uma lembrança desagradável de uma negociação complexa em torno de uma determinada lei contratual pode levar a parte a evitar todo um contrato futuro, composto de diferentes variáveis que não podem ser antecipadas no momento da escolha. Como Kahneman e Riis explicam, a avaliação desse episódio é insensível à sua duração e guiada pelo valor atribuído a ele.<sup>58</sup>

Se mudarmos o discurso para o contexto de execução de uma determinada lei de regência, pode-se pensar em um exemplo bastante simples. Suponha-se que uma determinada lei tenha sido escolhida para reger um contrato internacional. Uma disputa surgiu e uma das partes requereu reparação por danos devido a uma violação do contrato. A parte requerida alegou que o pedido de indenização deveria ser recusado ou, a título subsidiário, reduzido, uma vez que o requerente não mitigou suas perdas. A requerente desconhecia a existência (ou a extensão da importância) do princípio de mitigação de perdas na lei de regência. O desconhecimento da requerente pode afetar o resultado do caso, no entanto, as partes terão que preparar seus argumentos e coletar provas para o desenlace da disputa. No geral, embora se trabalhe aqui com um exemplo não complexo, a lei contratual não deve ser vista como uma “*má escolha*”. Entretanto, como a avaliação de eventos é insensível à sua duração e não necessariamente sensível à sua intensidade, essa escolha pode ser vista como tal pela requerente.

Portanto, “*más experiências*” em relação a uma determinada lei provavelmente serão vinculadas a episódios momentâneos de frustração e de expectativas em relação à sua execução, e ainda assim não necessariamente uma “*má experiência*” ou má escolha de um modo geral.

Além disso, diferenças na forma como uma questão é colocada podem gerar respostas muito diferentes (nota: o efeito de enquadramento). Isso também serve no que diz respeito à maneira como uma determinada experiência é lembrada e avaliada por uma parte contratante.

Suponha-se a conversa entre a parte contratante e seu representante legal em torno da escolha de uma lei que tenha sido usada em um caso passado. O advogado da parte pode valer-se de enquadramentos diferentes para abordar este tópico, por exemplo: “*Em nosso último caso, os nossos pedidos resultaram prejudicados por força das peculiaridades desta lei no tocante ao tratamento sobre indenização por não-conformidade da mercadoria. Será que devemos considerar outras leis?*” Ou “*Na última vez em que usamos esta lei, nosso pleito de danos foi negado. Quem sabe devamos evitar esta lei?*” No primeiro exemplo, o

<sup>58</sup> Ibid.

advogado oferece elementos para avaliar o contexto, permitindo que a parte empreenda um trabalho mental mais laboral. No segundo e último exemplo, por outro lado, a questão é bastante retórica e focada principalmente no resultado, a “rejeição” do pleito, lembrando a parte contratante do resultado final.

Como visto, o uso de diferentes estruturas, traduzidas em palavras, tons e construção de linguagem podem envolver ou desviar uma parte contratante de um ponderado processo de avaliação. Isso pode interferir, e nem sempre positivamente, na escolha da lei aplicável.

### C. “Grupo de seguidores do rebanho”

Resolvemos chamar o último grupo de “seguidores do rebanho”, o qual engloba as seguintes respostas: “os clientes não gostam da CISG porque as pessoas a excluem”, “nenhuma experiência”, “semelhança da lei escolhida com a lei do cliente” e “uso de contrato precedente que excluiu a CISG”.

#### i. Perfil

Preferências não se criam num vácuo; estas dependem do contexto de estímulos. Este contexto poderá incluir o ambiente externo em geral ou um estímulo mais local. Poderá também incluir um contexto mais amplo baseado nas experiências passadas e presentes do decisor. Dessa forma, as considerações neste grupo parecem reafirmar as suposições anteriores de que indivíduos são altamente influenciados pelo “habitat”, neste caso, pelos ambientes legal e comercial.

Por exemplo, a afirmação “os clientes não gostam da CISG porque as pessoas a excluem” fornece elementos para uma análise mais profunda sobre os processos decisórios: alguns indivíduos são altamente influenciados por uma percepção ou generalização criada que pode nem corresponder à realidade. Em situações como essas, as partes optarão por simplesmente (e perigosamente) seguir os passos de outra parte.

Na mesma linha de pensamento, “sem experiência”, “semelhança da lei escolhida com a lei do cliente” e “uso de contrato precedente que excluiu a CISG” também demonstram os processos de pensamento por trás dos “seguidores do rebanho”. Esses indivíduos provavelmente não investigarão as opções disponíveis nem questionarão as razões de decisões anteriores. Em vez disso, por conveniência, eles podem simplesmente escolher uma lei que se assemelhe à lei da sede ou residência do cliente.

No entanto, em alguns casos, a porcentagem dessa percepção de “rebanho” pode não ser tão alta quanto as pessoas inicialmente pensam. Em um de seus influentes artigos sobre processos de tomada de decisão, Kahneman identificou e descreveu uma dúzia de vieses cognitivos, inclusive um deles em que superestimamos a frequência de even-

tos que são fáceis de lembrar. Como o autor explica, esse viés foi identificado por “erros sistemáticos nas estimativas de quantidades conhecidas e fatos estatísticos”.<sup>59</sup> Assim, apesar do fato de que as partes contratantes podem acreditar que estão seguindo uma certa tendência estatística em uma decisão, isso pode não ser necessariamente o caso.

#### ii. Abordagem prática

A superestimativa de um evento, conforme afirma Kahneman, pode servir de explicação para algumas das respostas deste grupo. Além disso, o “efeito halo” também pode se aplicar a este grupo: uma vez que uma impressão boa ou ruim é formada, essa impressão é geralmente estendida de maneira mais geral e exagerada<sup>60</sup>. Por exemplo, um episódio ou evento de exclusão de uma lei de regência, ou discussões em torno dela, podem ser suficientes para que a parte contratante forme uma impressão negativa sobre a lei de regência e não a utilize<sup>61</sup>.

Outro aspecto do processo de tomada de decisão é o efeito “status quo”. Isso significa que indivíduos tenderão a preferir uma opção se ela for consistente com o estado atual das coisas<sup>62</sup>. Isso pode explicar a consideração “sem experiência” e também esclarecer por que as partes contratantes tendem a usar contratos-padrão em que certas leis de regência já foram discutidas e definidas<sup>63</sup>.

As partes contratantes também podem delegar a decisão para aqueles que reputam ter maior “estatura” do que eles (a heurística da “razão única”)<sup>64</sup>. Poderíamos inserir neste contexto a resposta: “uso de contrato precedente que excluiu a CISG”.

Além disso, a citação “similaridade da lei escolhida com a lei do cliente” prova que a similaridade serve como um atalho para esses julgamentos, e as partes contratantes tenderão, pelo dispositivo de representatividade, a identificar características semelhantes às suas próprias leis e depois escolhê-las.

Finalmente, não podemos deixar de mencionar o efeito da heurística de “disponibilidade” na afirmação “os clientes não gostam da CISG porque as pessoas a excluem”. De acordo com essa heurística, a frequência de exclusão pode ter sido avaliada pela facilidade com que é recordada, geralmente lembrando tal ocorrência entre conhecidos<sup>65</sup>. Essa operação mental de recuperação<sup>66</sup> pode capturar eventos anteriores.

A heurística de disponibilidade parece se encaixar nessa citação, onde o “mal-estar”

<sup>59</sup> D. KAHNEMAN, (nota 23), p. 710.

<sup>60</sup> J. A. MAULE / G. P. HODGKINSON, (nota 12), p. 69.

<sup>61</sup> Ver G. MOSER, “Choice of Law, Brexit and the ‘Ice Cream Flavour’ Dilemma”, (nota 28); e G. Moser, Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales, Eleven Publishing International, 2018, pp. 98-115.

<sup>62</sup> R. KOROBKIN / C. GUTHRIE, (nota 18), p. 805.

<sup>63</sup> Ver G. MOSER, “Choice of Law, Brexit and the ‘Ice Cream Flavour’ Dilemma”, (nota 28); e G. MOSER, Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales, (nota 44), pp. 98-115.

<sup>64</sup> Ver C. GUTHRIE, (nota 5), p. 431.

<sup>65</sup> A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, (nota 25), p. 1127, referindo que o recurso à heurística da disponibilidade resulta em imperfeições tais a fiel recuperação dos episódios, a eficácia da busca, a imaginação e a correlação ilusória.

<sup>66</sup> Id. p. 1128.

gerado por uma exclusão anterior influenciou o processo de tomada de decisão<sup>67</sup>. Em outras palavras, este participante imitou a decisão tomada por outros (o que a doutrina chama de *"heurística da imitação"*), optando por excluir a CISG. Portanto, experiências recentes de exclusão, ou pré-negociações em torno dela, poderiam ter significado que este participante considerou esse cenário como uma *"prática padrão"*.

As suposições acima podem levar à conclusão de que esses participantes também podem ter superestimado a frequência de exclusão da CISG. O mesmo raciocínio poderia se aplicar ao uso de um contrato precedente excluindo a CISG.

Além disso, as partes contratantes são tipicamente avessas a risco e, como tal, tendem a seguir o *"grupo"* - seja qual for o *"grupo"* a que pertencem (ou desejam pertencer). Assim, a consideração *"sem experiência"* poderia ser traduzida por *"território desconhecido! É melhor prevenir do que remediar"*.

Também não deve ser desconsiderado o fato de que as partes contratantes podem ter simpatias e antipatias em relação a certas leis, sensibilidade e predileções em relação a uma determinada lei. Tudo isso poderia ter sido construído por percepções pessoais, na prática ou abstratas.

Dito isto, quais são os mecanismos disponíveis para lidar com esses vieses? Em primeiro lugar, estar ciente do *"grupo"*, ou pelo menos de sua direção ou impulsos, pode ser uma maneira de controlar os efeitos desses vieses. Conforme discutido anteriormente, a *"conscientização"* é um ator-chave no processo de otimização das decisões, dada a sua função de *"mitigação do viés cognitivo"*.

Como uma maneira adicional de minimizar os vieses cognitivos, poderíamos utilizar uma abordagem colaborativa para identificar esses vieses nos integrantes do *"grupo"*. Quando estamos cientes dos vieses cognitivos presentes na outra parte de uma negociação contratual, podemos mais facilmente evitá-los em nossa própria abordagem para a tomada de decisões ou assegurar que o outro lado esteja ciente e devidamente orientado sobre isso. Isso ocorre porque, devido ao *"viés da cegueira"*<sup>68</sup>, pode ser mais fácil identificar falhas cognitivas em outra pessoa do que em nós mesmos. Esse processo pode se mostrar mais eficiente do que identificar nossos próprios vieses cognitivos.

Como etapa final, o estabelecimento de uma estrutura para tomar decisões no ambiente dos negócios pode ampliar o conhecimento dos elementos racionais em jogo, controlando ou evitando a interferência de vieses cognitivos. Conforme mencionado anteriormente, tais estruturas podem tomar a forma de exercícios métricos, em que o contratante utiliza pontos para ranquear leis com base em critérios preestabelecidos ou

<sup>67</sup> Ver M. I. FRAIDIN, (nota 12), pp. 919-920.

<sup>68</sup> Ver D. KAHNEMAN, "Bias, Blindness and How We Truly Think", disponível em: [http://www.bloombergview.com/articles/2011-10-24/bias-blindness-and-how-we-truly-think-part-1-daniel-kahneman].

o sistema de *checklists* para antecipar as considerações mais sensíveis em determinado contrato ou setor e selecionar a(s) que lhe(s) são mais vantajosas<sup>69</sup>. Esses processos acima podem auxiliar na tentativa de melhorar a racionalidade de uma decisão; ou, alternativamente, usar uma determinada decisão para os melhores interesses de uma das partes contratantes.

Como nota final, a análise das respostas articuladas nesta seção também pode servir de advertência para as partes contratantes que interagem diariamente no mercado. Isso porque, por um lado as partes contratantes podem e devem tomar decisões usando processos racionais, ou seja, uma análise das opções disponíveis tentando obter os melhores resultados para a transação. Por outro lado, as partes contratantes podem enfrentar problemas ao tomar decisões sobre eventos futuros e, em geral, são bastante impacientes e avessas ao risco quando o fazem.

## V. Conclusão

Os resultados empíricos discutidos neste artigo sugerem que erros cognitivos desempenham um papel significativo no processo decisório da escolha da lei de regência em contratos de compra e venda internacional.

Observou-se que as partes contratantes nem sempre refletem de forma plena sobre todas as opções disponíveis quando excluem ou escolhem determinada lei de regência e que tal comportamento poderá levar a surpresas desagradáveis e decisões ineficientes. Apesar disso, este artigo demonstrou que existem benefícios práticos em compreender as escolhas das partes contratantes, que invariavelmente estão sujeitas a *"imponderabilidades"*.

Primeiro, o conhecimento de heurísticas e vieses cognitivos auxilia as partes contratantes na melhor compreensão dos riscos a que estão rotineiramente expostas no contexto de tomada de decisões. Estes riscos servem de lembrete às partes contratantes de que elas poderão negligenciar um negócio mais vantajoso em determinados contextos comerciais.

Segundo, um melhor conhecimento dos mecanismos subjacentes aos processos de tomada de decisão poderá contribuir para que as partes contratantes criem canais para intervir nessas situações, antecipar o comportamento da contraparte e reorientar o seu próprio comportamento, de modo a alinhá-lo com os interesses contratuais em jogo.

Identificar, quantificar e compreender os vieses cognitivos e processos decisórios

<sup>69</sup> Ver mais em G. MOSER, "Cognitive Errors and Thinking Aids: Rationalising Choice of Law and Arbitration Clauses", (nota 54).

idiosincráticos podrá servir de apoyo para que las partes contratantes mejoren la racionalidad de sus decisiones. Isso, por sua vez, permitirá que as partes contratantes se utilizem de pontos fortes e fracos de ambos os contratantes. As decisões tomadas poderão então levar a resultados otimizados, prevenindo desfechos sorprendentes e erros que possam custar caro.

# Argentina y Francia: Dos nuevos modelos de reforma para el derecho contractual latinoamericano influenciados por la CISG y los PICC

Edgardo Muñoz<sup>1</sup>  
Inés Morfín Kroepfly<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Aplicación del método de derecho comparado. III. Ámbito de aplicación de las disposiciones sobre compraventa. IV. Formación del contrato. V. Validez del contrato. VI. Obligaciones y responsabilidades precontractuales. VII. Interpretación e integración del contrato. VIII. Obligaciones del vendedor. IX. Obligaciones del comprador. X. Transmisión del riesgo. XI. Acciones por incumplimientos contractual. XII. Conclusión.

## I. Introducción

Dos de los códigos civiles más influyentes en América Latina, el argentino y el francés, han experimentado cambios importantes en sus disposiciones en materia contractual. El 1 de agosto de 2015 un nuevo Código Civil y Comercial entró en vigor en Argentina (el “CCCom 2015”)<sup>3</sup>. Este cuerpo normativo reemplazó tanto al Código Civil de 1869 como al Código de Comercio de 1862, ambos redactados por Vélez Sarsfield<sup>4</sup>. El Código Civil argentino abrogado, aunque no adoptó puntualmente lo establecido o la estructura del Código Civil francés<sup>5</sup>, si influyó en otros códigos civiles de la región; por ejemplo, este

<sup>1</sup> Profesor de Derecho, Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. Calzada Álvaro del Portillo 49, Zapopan, Jalisco, 45010, México. Ph.D. (Basel), LL.M. (UC Berkeley), LL.M. (Liverpool), LL.B. (UIA México), DEUF (Lyon), emunoz@up.edu.mx. Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Panamericana a por medio del fondo “Fomento a la Investigación UP 2018”, bajo el código UP-CI-2018-DER-GDL-02’.

<sup>2</sup> Graduada en Derecho, Universidad Panamericana, Guadalajara.

<sup>3</sup> Ver la Ley N° 26.994 del 7 de octubre del 2014, la cual fue publicada el 8 de octubre del 2014; también la Ley N° 27.077, publicada el 19 de diciembre del 2014.

<sup>4</sup> En la redacción del Código de Comercio también participó Eduardo Acevedo.

<sup>5</sup> Dalmacio Vélez Sársfield aceptó la influencia del jurista brasileño Teixeira de Freitas en lo relativo a la estructura del Código Civil argentino. Asimismo, también negó haber utilizado para tal efecto el método seguido por el Código Civil francés. Vélez Sársfield redactó un Código ecléctico, tomando como fuente lo establecido en diversas doctrinas europeas; explicó que la mayoría de los artículos se basaron en los principios contenidos en Las Siete Partidas, Nueva Recopilación y en el Fuero Real, que constituían la ley en vigor durante la colonia. Ver L. MOISSET DE ESPANES, “El Método Del Código Civil”, *Cuadernos de Historia*, 13, 2003, p. 48.; ver A. GUZMAN BRITO, *Historia de la Codificación Civil En Iberoamérica*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 271-75.

fue completamente implementado por Paraguay en 1876<sup>6</sup>, Uruguay en 1869<sup>7</sup>, Panamá en 1916 y Nicaragua en 1904<sup>8</sup>.

Un año después, el 1 de octubre del 2016, el Código Civil francés de 1804 fue reformado, implementándose con ello nuevas normas relativas al derecho obligacional y contractual (el "CC 2016")<sup>9</sup>. Anteriormente, el Código Civil francés sirvió como un modelo para la elaboración de diversos códigos civiles en América Latina. Por ejemplo, Andrés Bello redactó el Código Civil chileno de 1855 basándose en Las Siete Partidas y, para todo aquello que no estuviera regulado en las mismas, siguió lo establecido en el Código Civil francés<sup>10</sup>. A su vez, el Código Civil chileno influenció el Código Civil de Colombia de 1858<sup>11</sup>, Ecuador de 1858, El Salvador de 1860, Honduras de 1880 (primer Código Civil), Nicaragua de 187 (primer Código Civil) y Venezuela de 1862 (primer Código Civil)<sup>12</sup>. En México, el Código Civil Federal de 1928 se basó en el Código Civil español de 1889<sup>13</sup>, el cual tomó como modelo al Código Civil francés<sup>14</sup>.

El CCCom 2015 argentino y el CC 2016 francés ahora incorporan principios que emergieron de las decisiones jurisprudenciales de sus respectivas cortes. De igual manera, se agregaron normas que visiblemente tienen su origen en instrumentos de derecho uniforme, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (la "CISG" por sus siglas en inglés) y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (los "PICC" por sus siglas en inglés).

Esta contribución tiene dos objetivos. El primero de estos consiste en identificar los principales cambios que se implementaron en la ley contractual y de compraventa de Argentina y Francia. El segundo, en comparar dichos cambios y determinar cuáles de las nuevas reglas logran mejores resultados y, por lo tanto, son susceptibles de considerarse como un mejor modelo para futuras reformas en otros sistemas jurídicos en América Latina.

Para lograr los objetivos señalados el documento se divide en diversas secciones. La sección II introduce el método de derecho comparado empleado en nuestro análisis. La sección III aborda los cambios relativos al ámbito de aplicación de las disposiciones sobre compraventa de manera comparada. La sección IV compara las modificaciones que se realizaron a las normas que regulan la formación del contrato. La sección V analiza las nuevas disposiciones sobre la validez del contrato, mientras que la sección VI estudia, comparativamente, aquellas las relativas a obligaciones y la responsabilidad precontractuales. La sección VII se enfoca en la comparación de las reglas de interpretación e integración del contrato, incluyendo la aplicación de los usos y las prácticas en dichas tareas.

<sup>6</sup> GUZMÁN BRITO (nota 5), p. 333.

<sup>7</sup> GUZMÁN BRITO (nota 5), p. 284.

<sup>8</sup> M. L. MURILLO, "The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification", *Journal of Transnational Law & Policy*, 11/1, 2001, p. 9.

<sup>9</sup> Ver Orden N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016.

<sup>10</sup> GUZMÁN BRITO (nota 5), p. 255.

<sup>11</sup> Lo que en el futuro fue Colombia, que en ese momento incluía otros territorios del actual Ecuador, Panamá y Venezuela.

<sup>12</sup> GUZMÁN BRITO (nota 5), p. 243.

<sup>13</sup> KENNETH W. DAM, "Legal Institutions, Legal Origins, and Governance", *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2006, p. 19.

<sup>14</sup> GUZMÁN BRITO (nota 5), p. 295.

La sección VIII contrasta las obligaciones del vendedor y la sección IX las del comprador. La sección X coteja las normas aplicables a la transmisión del riesgo de daño o pérdida de la cosa vendida. Finalmente, la sección XI compara un amplio catálogo de nuevas reglas relativas al incumplimiento contractual, incluyendo el derecho a suspender la ejecución del contrato, el cumplimiento específico, los daños, la resolución y la exención por imposibilidad o excesiva onerosidad sobrevenida del contrato.

## II. Aplicación del método de derecho comparado

El método funcional de derecho comparado es aplicado al presente análisis relativo al nuevo derecho contractual y de la compraventa en Argentina y Francia<sup>15</sup>. Esta metodología tiene muchas funciones, una de ellas es la de llevar a cabo *tertium comparationis*: en donde las normas jurídicas y no jurídicas, incluso doctrinalmente diferentes, pueden ser comparables si son funcionalmente equivalentes, porque tratan de lograr o tienen la misma función en sus respectivas sociedades<sup>16</sup>.

La función de una norma no se define con base en la finalidad para la cual fue creada por el legislador ni por las consideraciones dogmáticas vinculadas a la misma, sino por el problema que trata de abordar o, como una cuestión de hecho, soluciona eficazmente<sup>17</sup>. En cuanto más específico es el problema, hay menos posibilidades de que haya disposiciones con la misma función en dos o más sistemas jurídicos<sup>18</sup>. Sin embargo, en los casos en los que no es posible encontrar la universalidad de un problema por su alto nivel de especificidad, se puede bajar un nivel y comparar las necesidades generales que se comparten por la mayoría de las sociedades de las cuales deriva el problema específico<sup>19</sup>.

Por ejemplo, la mayoría de las sociedades tienen la necesidad de solucionar los problemas (daños) causados por un incumplimiento contractual. Este es un tipo de problema universal. Sin embargo, de este problema pueden derivar otras necesidades específicas y, por lo tanto, se pueden implementar leyes para satisfacerlas. La ley que regula los daños puede existir para proveer compensación por incumplimientos contractuales, pero algunas sociedades tienen métodos particulares para determinar el monto de la compensación, *i.e.* daños basados en el mercado, daños tomando como base la ganancia realizada por la parte en incumplimiento o extirpación de ganancias, etc.

Adicionalmente, los equivalentes funcionales pueden desconocerse hasta que aparecen en el sistema jurídico comparado<sup>20</sup>. La aparición tardía puede reflejar la ausencia de un problema o de la necesidad de resolverse en el pasado, así como la voluntaria o

<sup>15</sup> R. MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law", en: M. REIMANN / R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, London, Oxford, 2006, p. 342.

<sup>16</sup> E. K. BANAKAS, "Some Thoughts on the Method of Comparative Law: The Concept of Law Revisited", *RSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 67/3, 1981, p. 289; Michaelss (nota 15) p. 342. Pero ver J. DE-CONINCK, "The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis?'", *Rabels Zeitschrift Für Ausländische Und Internationales Privatrecht / the Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 74, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2010, p. 323. Sugiriendo que los patrones de comportamiento empíricamente probados deberían de ser el estándar de comparación, para que las personas que realizan derecho comparado puedan ir más allá del análisis basado y originado en meros problemas contruidos.

<sup>17</sup> MICHAELS (nota 15), p. 367.

<sup>18</sup> BANAKAS (nota 16), p. 291.

<sup>19</sup> MICHAELS (nota 15), p. 368.

<sup>20</sup> MICHAELS (nota 15), p. 369.

negligente omisión por parte de los agentes jurídicos del respectivo sistema jurídico. No obstante, la aparición de nuevas reglas puede permitir a los comparatistas identificar el problema subyacente y reconocer su función. Aun así, ¿cómo se sabe si la función indemnizatoria de los daños es la disuasión de un mal o un castigo, y no la compensación o ejecución de ciertos valores sociales, o todas las anteriores?<sup>21</sup>. Al final del día, la similitud en los resultados obtenidos en cierto supuesto, independientemente de la diferencia doctrinal, indica en gran medida que la respectiva institución legal puede ser una diferente (pero funcionalmente equivalente) respuesta a un problema similar<sup>22</sup>.

En ese contexto, el método funcional del derecho comparado nos permitirá identificar antiguas y nuevas reglas conforme a las funciones que ambas deben cumplir en Argentina y Francia. Las funciones de las normas que se examinarán se expresan a grandes rasgos en los títulos y subtítulos del presente trabajo. Por ejemplo, la función y las subfunciones de reconocer la existencia de acuerdos atañe a las normas relativas a la formación del contrato analizadas en la sección IV; la función de impedir los efectos del contrato concluido con error, fuerza, intimidación o lesión se expresa en las reglas sobre la validez del contrato en la sección V; las normas cuya función es reparar las consecuencias que se derivan de un incumplimiento durante las negociaciones se examinan en la sección VI, mientras que las referentes a los efectos de un incumplimiento contractual se analizan en la sección IX, donde se explican los recursos que las partes tienen ante dicho incumplimiento, etc.

En consecuencia, esta contribución presenta las soluciones aportadas por Argentina y Francia para resolver problemas específicos relacionados con los contratos y la compraventa en particular. Los términos legales usados para expresar dichos supuestos se toman de la CISG en su versión en español, y para los temas que no se regulan en la CISG, de los PICC en su versión en español. Los términos legales en francés no se traducen literalmente al español, sino que se determinan por la situación que expresan o la función que sirven, de conformidad con los términos que expresan la misma función o circunstancia conforme a la legislación uniforme de la CISG o los PICC en español.

El método funcional de derecho comparado puede también servir como un criterio para evaluar y determinar cuál regla cumple su función mejor que las otras, es decir, cuál es la “*better law*”<sup>23</sup>. Para poder aplicar este método los abogados comparatistas usualmente trabajan bajo el supuesto y la hipótesis de que una norma cumple su propósito de mejor manera que otras normas<sup>24</sup>. Por ejemplo, al comparar dos disposiciones que intentan tener la misma función, la “*better law*” puede ser la que, después de un análisis, tiene una mejor redacción o formulación doctrinal y/o ha demostrado mejores resultados de

<sup>21</sup> MICHAELS (nota 15), p. 368.

<sup>22</sup> Traducción de los autores; MICHAELS (nota 15), p. 369.

<sup>23</sup> MICHAELS (nota 15), p. 342, porque bajo el método funcional “*the better of several laws is that which fulfils its function better than the others*”.

<sup>24</sup> MICHAELS (nota 15), p. 374.; R. MICHAELS, “Explanation and Interpretation in Functionalism Comparative Law – a Response to Julie De Coninck”, *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 74/2, 2010, pp. 358, 359.

manera empírica<sup>25</sup>. En ese contexto, una diferencia relativa puede determinar la superioridad. Pese a ello, vale la pena resaltar que cualquier evaluación de reglas funcionalmente equivalentes es válida solamente respecto a la función analizada. Una norma no es mejor que otra en términos absolutos; a lo sumo puede ser mejor en lo que respecta a cierta función<sup>26</sup>. Teniendo en cuenta lo expresado, el método funcional nos ayudará a establecer qué país implementó mejores disposiciones, ¿Argentina o Francia?, en determinadas cuestiones.

### III. Ámbito de aplicación de las disposiciones sobre compraventa

Francia mantiene un sistema dual que distingue entre contratos de naturaleza civil regulados por el CC 2016 y contratos de naturaleza mercantil, los cuales se rigen por las disposiciones de su Código de Comercio. Argentina abandonó esta antigua dicotomía con el CCCom 2015, por lo que ahora un solo cuerpo de normas es aplicable tanto a transacciones civiles como mercantiles. El dualismo francés no refleja una concepción moderna o internacional de la ley contractual, aunque hoy en día dicho dualismo tiene un rol limitado en Francia<sup>27</sup>. La CISG, los PICC y los Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL” por sus siglas en inglés) no realizan la mencionada distinción. La legislación argentina ofrece una mejor solución en ese sentido. El trato diferenciado de contratos de naturaleza civil, aún presente en muchos países de América Latina<sup>28</sup>, ha perdido importancia con la implementación de leyes de protección al consumidor que regulan transacciones entre comerciantes y consumidores. Además, la creación de un conjunto normativo único que regula ambos tipos de contratos, civiles y mercantiles, evita la usual discusión procesal preliminar acerca de la correcta aplicación del Código Civil o el código de comercio.

Ambas leyes continúan definiendo al contrato de compraventa como el convenio mediante el cual una de las partes se obliga a entregar una cosa y la otra a pagar un precio a cambio<sup>29</sup>. El CCCom 2015 de Argentina incluye en la misma disposición la obligación de transmisión de la propiedad de la cosa vendida<sup>30</sup>; al hacer lo anterior, se mantiene la *traditio* romana que requiere la intención de transmitir la propiedad con la entrega de la cosa para perfeccionar el contrato. La nueva ley francesa continúa implementando la regla establecida en el Código Civil de 1804, conforme a la cual la propiedad pasa al comprador desde que hay un acuerdo de voluntades, independientemente de si la cosa fue entregada o el precio pagado<sup>31</sup>.

Argentina perdió la oportunidad de cambiar su definición limitada de “cosa” como

<sup>25</sup> MICHAELS (nota 15), p. 374.; MICHAELS (nota 24), pp. 358, 359.

<sup>26</sup> MICHAELS (nota 15), p. 375.

<sup>27</sup> “Yet, in practice, it has lost much of its importance. Under our French legal systems, the rules contained in the Code civil apply to commercial contracts, unless the Code of commerce or commercial usages lead to other solutions. There are very few specific rules for commercial contracts, especially now that the law of prescription has been reformed. In our law faculties, *Contrats civils et commerciaux* are taught in the same course on the law of contracts or obligations”, ver B. FAUVARQUE-COSSON, “The French Contract Law Reform in a European Context”, *ELITE Law Journal*, 1, 2014, p. 71.

<sup>28</sup> Excepto en Brasil, Perú, Paraguay y ahora Argentina, ver E. MUÑOZ, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin-America, Spain and Portugal*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2011, p. 41.

<sup>29</sup> Argentina Art. 1123 del CCCom 2015; Francia Art. 1582 del CC 2016.

<sup>30</sup> Argentina Art. 1123 del CCCom 2015: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.”

<sup>31</sup> Francia Art. 1583 del CC 2016.

objeto tangible<sup>32</sup>. Por el contrario, Francia eliminó asertivamente cualquier referencia a objetos tangibles: “capacidad de determinación” es el criterio relevante<sup>33</sup>. La definición de cosa en Argentina, como un objeto tangible, causará debate respecto a la posibilidad de vender mercancías modernas, como el *software*<sup>34</sup>. En consecuencia, la definición francesa puede cumplir su función mejor que argentina, es decir, puede ser la “*better law*” en lo que respecta a este ámbito.

Finalmente, el CCom 2015 de Argentina aprovechó la oportunidad de regular contratos mixtos. Siguiendo lo establecido en el artículo 3 CISG<sup>35</sup>, el artículo 1125 ahora enuncia que un contrato que involucre mano de obra o la prestación de servicios, es regulado por las disposiciones de la compraventa, a menos que las obligaciones relativas al servicio o la mano de obra sean las principales de la transacción. Las normas que regulan la compraventa también aplican, a menos que el vendedor suministre una parte substancial de los materiales requeridos para manufacturar o producir los bienes<sup>36</sup>. Por el contrario, Francia eligió no codificar el derecho jurisprudencial que se desarrolló en lo referente a acuerdos complejos y que tiene un acercamiento distinto; aún si los acuerdos múltiples persiguen el mismo propósito económico, el régimen de cada contrato especial será aplicable<sup>37</sup>. La CISG –y ahora el enfoque argentino– cumple mejor su función al aclarar desde el comienzo que las disposiciones sobre la compraventa son aplicables con base en criterios identificables relacionados a “obligaciones principales” y a la “parte sustancial de los materiales”.

#### IV. Formación del contrato

Argentina aún requiere una “causa” lícita como elemento de existencia y validez del contrato<sup>38</sup>. La decisión es desafortunada dados los infructuosos debates que se generan en torno a este concepto y a las dificultades al establecer su relevancia para la formación del contrato<sup>39</sup>. Algunos doctrinarios argentinos aún afirman que el nuevo artículo 1013 CCom habla de la causa motivacional que las partes buscaban con la celebración del contrato<sup>40</sup>. Tal y como se señaló en otra ocasión, este tipo de causa es tan cambiante, alterable y particular a las expectativas internas de las partes que sería injusto basarse en la consecución de ambiciones del fuero interno para reconocer la existencia o la validez de un contrato<sup>41</sup>. Francia, por su parte, ha tomado en consideración los comentarios de la doctrina moderna para evitar problemas innecesarios que deriven del concepto de

<sup>32</sup> El Art. 2311 del CC argentino abrogado se eliminó, sin embargo, el Art. 16 del CCom 2015 sigue definiendo a la cosa como “*objetos materiales*” u objetos tangibles.

<sup>33</sup> El antiguo Art. 1129 CC se eliminó y ahora aplica el nuevo Art. 1163 del CC 2016 francés.

<sup>34</sup> Aunque es debatible si el *software* califica como un objeto intangible o tangible.

<sup>35</sup> M. A. GARRO / A. L. ZUPPI, “El Nuevo Código Civil y Comercial y la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional”, 2015, p. 4.

<sup>36</sup> Argentina Art. 1125 del CCom 2015.

<sup>37</sup> Ver I. SCHWENZER / P. HACHEM / C. KEE, *Global Sales and Contract Law*, London, OUP, 2011, p. 119, para. 843, fn. 87.

<sup>38</sup> Argentina Art. 1013 del CCom 2015.

<sup>39</sup> Ver MUÑOZ (nota 28), pp. 79-86.

<sup>40</sup> G. CARAMELO, “Art. 1013”, en: M. HERRERA / G. CARAMELO / S. PICASSO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, III, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 410-11.

<sup>41</sup> MUÑOZ (nota 28), p. 81.

“causa”<sup>42</sup>. En consecuencia, el nuevo CC 2016 francés ya no incluye el concepto mencionado como un requisito de validez para la formación del contrato<sup>43</sup>. En su lugar, dos disposiciones precisas regulan los acuerdos falsos e ilícitos en el CC 2016 francés<sup>44</sup>, lo que hace de esta “*better law*” por razones de claridad dogmática.

En Francia, la teoría tradicional de la oferta y la aceptación se introdujo por primera vez en el CC 2016, para lo cual se agregó una subsección compuesta por 15 artículos<sup>45</sup>. Argentina continúa siguiendo la misma teoría tradicional de formación del contrato<sup>46</sup>, pero adicionó la regla según la cual cualquier conducta de las partes también puede ser suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo<sup>47</sup>. Este acertado cambio fue tomado del artículo 2.1 PICC<sup>48</sup>. Hoy en día, la doctrina tradicional de formación del contrato puede ser insuficiente para enfrentar nuevas realidades económicas y comerciales donde los contratos se concluyen después de negociaciones prolongadas (y con frecuencia discontinuas) sin una secuencia identificable de ofertas y aceptaciones. De conformidad con la nueva norma, un contrato puede concluirse aún si no se puede determinar el momento exacto donde se consintió tomar X o Y obligación, siempre y cuando la conducta sea suficiente para demostrar que hubo un acuerdo entre las partes.

En ambos sistemas jurídicos, la oferta debe indicar una intención de quedar vinculado, así como los elementos esenciales del contrato: en el caso de una compraventa, los bienes y el precio o la forma de determinar ambos<sup>49</sup>. El precio puede determinarse de manera subsecuente por un tercero<sup>50</sup>. La ley argentina va un paso más allá; siguiendo el criterio establecido en el artículo 55 CISG,<sup>51</sup> el artículo 1143 del CCom 2015 estipula que si el contrato no señala expresa o implícitamente el precio, o una forma para determinararlo, se considera, excepto indicación en contrario, que las partes implícitamente hicieron referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por dichos bienes, vendidos en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate. Con esta disposición, Argentina cambió su criterio anterior (artículo 1354 CC abrogado), el cual favorecía el precio al momento y en el lugar de entrega de la cosa. Consecuentemente, la nueva norma evita especulaciones del vendedor, que, en algunas instancias puede escoger la fecha de entrega de los bienes. Francia desaprovechó la oportunidad para implementar un artículo similar. Por consiguiente, los autores prefieren el enfoque argentino. Además, en el caso de acuerdos marco, el CC 2016 francés reconoce el acuerdo entre las partes, permitiendo a una de ellas fijar el precio de manera unilateral,

<sup>42</sup> A. BENABENT, *Droit Des Obligations*, 16, Précis Domat Droit Privé, France, LGDJ, 2017, p. 165, para. 200; F. CHÉNEDE, *Le Nouveau Droit Des Obligations Et Des Contrats: Consolidations - Innovations - Perspective*, France, Dalloz, 2016, p. 85, para. 23.271.

<sup>43</sup> Francia Art. 1128 del CC 2016, comparado con el Art. 1108 del CC abrogado.

<sup>44</sup> Francia Arts. 1162 y 1169 del CC 2016. También ver CHÉNEDE (nota 42), p. 85, para. 23.271.

<sup>45</sup> El anterior artículo 1108 CC francés solo refería a “*consent of a party who obligates itself*”, ver S. ROWAN, “The New French Law of Contract”, *International and Comparative Law Quarterly*, 66/4, 2017, p. 8; M. MEXKI, “France - the French Reform of Contract Law: The Art of Redoing without Undoing”, *Journal of Civil Law Studies*, 10/1, 2018, p. 235.

<sup>46</sup> Argentina Art. 971 del CCom 2015.

<sup>47</sup> Argentina Art. 971 del CCom 2015.

<sup>48</sup> A. A. FREYES, “Caracterización Del Consentimiento Contractual En El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Blas Pascal*, 3, 2016, p. 245.

<sup>49</sup> Francia Arts. 1114, 1163 del CC 2016; Argentina Art. 972 del CCom 2015.

<sup>50</sup> Francia Art. 1592 del CC 2016; Argentina Art. 1133 del CCom 2015.

<sup>51</sup> GARRO / ZUPPI (nota 35), p. 5.

siempre que el monto se justifique<sup>52</sup>. Una solución de integración del precio poco eficaz, pues la misma, usualmente, requerirá de la intervención judicial para confirmar la justeza del precio unilateralmente fijado.

Siguiendo la regla establecida en la CISG y en los PICC<sup>53</sup>, las ofertas pueden retirarse si el retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta<sup>54</sup>. Ambos instrumentos también estipulan que una oferta que señala un plazo fijo para la aceptación es irrevocable durante dicho periodo. Contrario a la CISG y los PICC<sup>55</sup>, las nuevas leyes en Argentina y Francia estipulan que, en la ausencia de un plazo para emitir la aceptación, las ofertas son irrevocables durante un periodo de tiempo razonable después de haber llegado al destinatario<sup>56</sup>. Desgraciadamente, esta adición incrementa la falta de certeza durante el proceso de formación del contrato, ya que el oferente permanece vinculado por su oferta durante un plazo incierto y el criterio para determinar la razonabilidad de tal plazo se deja al juzgador, lo que es ineficiente y costoso para ambas partes.

El Código Civil francés ahora especifica que una revocación ilegal de la oferta previene la formación del contrato y da lugar a responsabilidad extracontractual del oferente, sin obligar al anterior a compensar el interés positivo del destinatario de la oferta<sup>57</sup>. Esta regla tiene lógica cuando la oferta irrevocable se revoca antes de la aceptación, pero la ley francesa pudo haber especificado que, en caso de una revocación después de la aceptación, el contrato se tiene por concluido y, por lo tanto, cualquier negativa a ejecutar el contrato por parte del oferente puede originar daños al interés positivo contractual<sup>58</sup>.

En relación con el momento de conclusión del contrato, Argentina abandonó la regla de la emisión<sup>59</sup>, en favor de la regla de la recepción, la cual se sigue expresamente en Francia<sup>60</sup>. Así como en los artículos 18 CISG y 2.1.6(2) PICC, el contrato se concluye cuando la aceptación llega al oferente<sup>61</sup>. Esta regla tiene sentido en dos sistemas jurídicos que restringen la revocación de la oferta durante un periodo de tiempo razonable después de que la oferta llega al destinatario; permite al oferente evadir su responsabilidad por daños al interés positivo si su revocación se emite antes de recibir la aceptación.

La doctrina del espejo relativa a la formación del contrato ya existente en Argentina, ahora se implementa en el nuevo Código Civil francés. De tal manera, una aceptación que modifica la oferta no tiene efecto y solamente constituye una contraoferta<sup>62</sup>. Dicho esto, parece que ambos sistemas legales también incorporan la “*knock-out rule*” inspirada en el artículo 2.1.22 PICC. Por un lado, el artículo 982 del CCCom 2015 argentino estipula que

cuando una oferta y una aceptación coinciden en los elementos esenciales, un acuerdo parcial se considera concluido en esos términos. Por el otro lado, el artículo 1119 del CC 2016 francés, enuncia que, en caso de discrepancias entre los términos generales usados por las partes, las cláusulas contradictorias no tienen efecto. La incorporación de la “*knock-out rule*” incrementa la certeza y la justicia en relación a los términos acordados en escenarios de batallas de formularios<sup>63</sup>. En consecuencia, esta regla podría funcionar como un modelo para futuras reformas en otras jurisdicciones de la región.

Por último, ambos sistemas incorporaron reglas relativas a las cláusulas estándar y al contrato de adhesión. Siguiendo al artículo 2.1.19 PICC, las cláusulas estándar han sido definidas como términos no negociables redactados previamente por una de las partes<sup>64</sup>. Para incorporar dichas cláusulas al contrato, estas deben ser proporcionadas antes o al momento de la conclusión del mismo<sup>65</sup>. De igual manera, el CCCom argentino requiere que los términos generales sean entendibles, así como redactados de una manera clara, fácil y completa<sup>66</sup>. Este requerimiento es más específico que aquel contenido en el artículo 2.1.20 PICC relativo a las cláusulas sorprendentes. Por consiguiente, la solución adoptada por Argentina puede favorecer la certeza jurídica.

## V. Validez del contrato

Ambos códigos establecen los métodos tradicionales para anular el contrato cuando la voluntad libre e informada de una o ambas partes se ve afectada por cierta conducta o determinadas circunstancias. Pocos cambios sustanciales se efectuaron en esta área. Uno de ellos fue que en Argentina se modificó la edad para capacidad legal de veintiún a dieciocho años<sup>67</sup>, tal y como ha sido en Francia<sup>68</sup>. Al hacer este cambio, Argentina uniformó su criterio con otras jurisdicciones de la región.

Usualmente, la falta de capacidad puede ser recurrida por la parte incapaz<sup>69</sup>, pero Argentina agregó un cambio en donde excepcionalmente puede invocarla la otra parte si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante<sup>70</sup>. En materia de personas morales o jurídicas, el CC francés ahora establece que su capacidad está limitada a las reglas aplicables a cada una de ellas<sup>71</sup>, *i.e.* a su objeto<sup>72</sup>. La misma regla puede inferirse del artículo 150 del CCCom argentino.

El error determinante deriva en la anulación del contrato. Francia mantuvo un punto de vista subjetivo para determinar el “error esencial”<sup>73</sup>, mientras que Argentina favore-

<sup>52</sup> Art. 1164 del CC 2016; si una de las partes fija un precio abusivo, la parte en desventaja puede pedir daños o la resolución del contrato, ver E. C. MENDEZ-SIERRA / M. C. QUAGLIA, “El Nuevo Derecho de Las Obligaciones y de Los Contratos En Francia”, *El Derecho*, N° 14.172, 2017, p. 4.

<sup>53</sup> Art. 15(2) CISG y Art. 2.1.3 PICC.

<sup>54</sup> Argentina Art. 975 del CCCom 2015; Francia Art. 1115 del CC 2016.

<sup>55</sup> Art. 16 CISG y Art. 2.1.4 PICC.

<sup>56</sup> Argentina Art. 974 del CCCom 2015; Francia Art. 1116 del CC 2016.

<sup>57</sup> Francia Art. 1116 del CC 2016.

<sup>58</sup> Ver Muñoz (nota 28), p. 99.

<sup>59</sup> Argentina Arts. 1154 CC y 213, 215 CCom, ambos abrogados.

<sup>60</sup> Argentina Art. 980 del CCCom 2015; Francia Art. 1121 del CC 2016.

<sup>61</sup> Argentina Art. 980 del CCCom 2015; Francia Art. 1121 del CC 2016.

<sup>62</sup> Argentina Art. 978 del CCCom 2015 (Art. 1154 CC abrogado); Francia Art. 1118(3) del CC 2016.

<sup>63</sup> R. COOTER / T. ULEN, *Law & Economics*, 5ta ed., Boston, Pearson, 2008; J. M. LOOKOFSKY, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 4ta ed., Law & Business, Wolters Kluwer, 2012, p. 55; P. OSTENDORF, *International Sales Terms*, Munich, Hart Publishing, p. 60, para. 167; CISG-AC Opinión N° 13, para. 10.6, Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html#4consultada> 3 de junio de 2019.

<sup>64</sup> Argentina Art. 984 del CCCom 2015; Francia Art. 1110 (2) del CC 2016.

<sup>65</sup> Argentina Art. 985 del CCCom 2015; Francia Art. 1119 del CC 2016.

<sup>66</sup> Argentina Art. 985 del CCCom 2015.

<sup>67</sup> Argentina Art. 25 del CCCom 2015 (Art. 126 CC abrogado). Ver S. E. FERNÁNDEZ, “25”, en: R. Rocca et al. (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p. 61.

<sup>68</sup> Francia Art. 338 del CC 2016.

<sup>69</sup> Francia Art. 1118 del CC 2016.

<sup>70</sup> Argentina Art. 338 del CCCom 2015.

<sup>71</sup> Francia Art. 1145 del CC 2016.

<sup>72</sup> BENABENT (nota 42), p. 58, para. 50.

<sup>73</sup> Francia Arts. 1132 y 1133 del CC 2016.

ció un enfoque casuístico y objetivo<sup>74</sup>. La principal dificultad ligada al criterio subjetivo –como en el CC francés– es que en caso de una disputa, las partes difícilmente podrían acordar cuales fueron las cualidades esenciales de su transacción, lo cual incrementa los futuros costos legales. Para poder evitar los problemas probatorios del criterio subjetivo, el artículo 3.2.2 PICC aplica el enfoque objetivo de una persona razonable<sup>75</sup>. Por lo tanto, los autores consideran que una aproximación objetiva al problema ofrece una regla económicamente más eficiente.

Tras incorporar a la legislación los avances jurisprudenciales, el dolo contractual se modificó en ambos sistemas y ahora no solo incluye actos positivos, sino también omisiones, la inactividad o el silencio de una parte, que induzca a la contraria a concluir el contrato<sup>76</sup>. De igual manera, siguiendo al artículo 3.2.8 PICC, hoy ambos códigos enuncian expresamente que el dolo puede realizarse por terceros en beneficio de cualquier parte del contrato, incluyendo empleados, agentes, etc.<sup>77</sup>. Estas adiciones son bienvenidas, ya que plasman con claridad la responsabilidad vicaria, la cual también aplica a casos de responsabilidad extracontractual.

La consecuencia del error, dolo o la lesión sigue siendo la anulación del contrato pronunciada por el juzgador<sup>78</sup>. Francia agregó que la anulación del contrato y sus efectos pueden ser convenidos por las partes<sup>79</sup>. Una solución expresa en ese sentido debería incluirse en el sistema argentino. Adicionalmente, la parte perjudicada puede confirmar el contrato afectado por cualquiera de estos vicios<sup>80</sup>. La anulación del contrato bajo estos supuestos tiene un efecto retroactivo; las cosas deben volver al mismo estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato y, en consecuencia, las partes deben restituirse mutuamente lo que recibieron y/o las prestaciones ya ejecutadas<sup>81</sup>. Además, las partes deben restituirse los frutos percibidos. Contrario al CCom 2015 argentino, Francia abandonó la antigua distinción entre el tenedor de frutos o productos de buena fe, quien ahora también debe retornar a la otra parte los productos obtenidos<sup>82</sup>. La anulación del contrato da derecho a la parte perjudicada a exigir los daños sufridos de conformidad con las reglas establecidas para la responsabilidad extracontractual<sup>83</sup>: los daños para compensar el interés negativo de la parte perjudicada, es decir, lo necesario para ponerla en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato. Este mismo principio se encuentra en el artículo 3.2.16 PICC<sup>84</sup>.

<sup>74</sup> Argentina Art. 267 del CCom 2015: "Supuestos de error esencial: El error de hecho es esencial cuando recae sobre: a) la naturaleza del acto; b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida; c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso; d) los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente; e) la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración"

<sup>75</sup> Según el cual el error deriva en la anulación del contrato si este fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

<sup>76</sup> Argentina Art. 271 del CCom 2015; Francia Art. 1137 del CC 2016; A. Bénabent, *Droit Des Obligations* sat 93, para. 102.

<sup>77</sup> Argentina Art. 274 del CCom 2015; Francia Art. 1138 del CC 2016.

<sup>78</sup> Argentina Art. 390 del CCom 2015; Francia Art. 1178 del CC 2016.

<sup>79</sup> Francia Art. 1178 del CC 2016.

<sup>80</sup> Argentina Art. 388 del CCom 2015; Francia Art. 1182 del CC 2016.

<sup>81</sup> Argentina Art. 390 del CCom 2015; Francia Art. 1178 del CC 2016.

<sup>82</sup> Argentina Art. 1935 del CCom 2015; Francia Art. 1352-3 del CC 2016.

<sup>83</sup> Argentina Arts. 275 y 278 del CCom 2015; Francia Art. 1178(4) del CC 2016.

<sup>84</sup> Art. 3.2.16 PICC: "Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato".

Fiel a su posición en su ley modificada, Francia mantuvo el principio de reciprocidad subjetiva, excluyendo la resolución del contrato por lesión<sup>85</sup>. En Argentina, por el contrario, se puede demandar la nulidad del contrato o la modificación del mismo por lesión<sup>86</sup>. Dicha posibilidad ya existía para contratos civiles y ahora se extiende a transacciones mercantiles por la naturaleza monista del nuevo CCom 2015<sup>87</sup>. Los elementos de la lesión argentina coinciden con los establecidos en el artículo 3.2.7 PICC para la excesiva desproporción: el criterio es una ventaja desproporcionada o excesiva y sin justificación para una parte. Algunos factores que se deben analizar son también similares: necesidad, ignorancia, inexperiencia, aunque los PICC agregan la falta de habilidad en la negociación. De igual manera, los remedios proporcionados coinciden: la parte afectada puede pedir la resolución del contrato o su adaptación. Es debatible si este tipo de normas cumplen con su función de proteger a la sociedad en general de transacciones injustas. Asimismo, la ley argentina y los PICC requieren una conducta abusiva de la parte que obtiene la ventaja indebida, lo que puede conducir a una interpretación subjetiva y problemas probatorios, lo que a su vez puede resultar en procedimientos mercantiles infundados.

En términos de requerimientos formales, Argentina eliminó la forma "por escrito" como el único medio de prueba para algunos contratos<sup>88</sup>. La ley ya no sujeta al contrato de compraventa a ningún requisito de forma y, por ende, las partes pueden utilizar cualquier medio para concluir su contrato<sup>89</sup>. Esta mejora debería dar paso a que Argentina retire su declaración bajo el artículo 96 CISG, y a reconocer, de ahora en adelante, la validez de cualquier contrato regido por la CISG que se haya concluido o modificado sin dejar constancia por escrito<sup>90</sup>. Con el propósito de hacer la ley más clara, el nuevo CC francés ahora enuncia expresamente el principio de libertad de forma, según el cual los contratos son consensuales (libres de formalidades), excepto cuando la ley requiera formalidad o solemnidad particular<sup>91</sup>. Asimismo, ambos sistemas legales reconocen el principio de equivalencia informal con relación al uso de medios electrónicos de comunicaciones; el requisito "por escrito" y "documentos firmados" puede cumplirse al expresarse en cualquier soporte<sup>92</sup>.

## VI. Obligaciones y responsabilidades precontractuales

En Argentina y Francia, las obligaciones precontractuales y las responsabilidades derivadas de su incumplimiento se regían por el derecho jurisprudencial<sup>93</sup>. Hoy los códigos civiles de ambos países contienen normas que siguen lo establecido en el artículo 2.1.15

<sup>85</sup> Francia Art. 1168 del CC 2016 (antes 1188 CC) establece que, en contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia entre las prestaciones no es una causa de nulidad del contrato, salvo disposición en contrario. La clara excepción a esta regla son las transacciones entre menores y mayores protegidos (como enfermos mentales), ver CHENEDE (nota 42), p. 84, para. 23.261.

<sup>86</sup> Argentina Art. 332 del CCom 2015.

<sup>87</sup> Argentina Art. 954 del CC (derogado).

<sup>88</sup> Los contratos que tengan por objeto una cantidad mayor a diez mil pesos, ver el Art. 1193 CC derogado; MUÑOZ (nota 28), p. 177.

<sup>89</sup> Argentina Art. 284 del CCom 2015.

<sup>90</sup> MUÑOZ (nota 28), p. 178.

<sup>91</sup> Francia Art. 1172 del CC 2016; CHENEDE (nota 42), p. 119, para. 23.382.

<sup>92</sup> Argentina Arts. 286 y 288 del CCom 2015; Francia Arts. 1174, 1366, 1377 del CC 2016.

<sup>93</sup> CHENEDE (nota 42), p. 29; ROWAN (nota 45), p. 9.

(1) PICC<sup>94</sup>. El principio adoptado por la ley francesa (el cual se encuentra implícito en Argentina) es que las partes son libres de comenzar, continuar y detener sus negociaciones<sup>95</sup>. No obstante, en ambos países las partes tienen la obligación de negociar en buena fe<sup>96</sup>. Ninguno de los códigos define el concepto de “buena fe” en este contexto. El artículo 2.1.15 PICC considera que es de mala fe entrar o continuar las negociaciones sin la intención de llegar a un acuerdo. En esta línea, el CCom argentino requiere que las tratativas preliminares no sean frustradas injustificadamente cuando la otra parte confió, sin culpa, en la celebración del contrato<sup>97</sup>. Dichos elementos adicionales hacen a la ley argentina la “better law”, ya que estos ayudan en la determinación de las bases y el alcance de las obligaciones precontractuales.

En Francia, una parte en una negociación está expresamente obligada a proporcionar a su contraparte la información relevante para la conclusión del contrato, excluyendo la estimación del valor de la prestación<sup>98</sup>. Una obligación similar puede sustraerse del artículo 1100 del CCom 2015 argentino aplicable a transacciones B2C<sup>99</sup> o de la obligación general de actuar en buena fe<sup>100</sup>. Ambos países también imponen un deber de abstenerse de divulgar cualquier información confidencial proporcionada por las partes durante las negociaciones<sup>101</sup>. Las normas argentinas parecen más influenciadas por el artículo 2.1.16 PICC, ya que el remedio aplicable al incumplimiento de la obligación mencionada puede incluir la compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte<sup>102</sup>. Este remedio es interesante desde el punto de vista del debate que ha surgido en relación con el principio de compensación integral del daño causado por el incumplimiento *versus* el de extirpación de ganancias, que algunos consideran infringe el principio de compensación integral, dada la posibilidad de sobrecompensar a la víctima<sup>103</sup>.

El alcance de la responsabilidad (compensación) es importante en este contexto. Francia prohíbe la compensación de la pérdida de oportunidad<sup>104</sup> y de las ganancias dejadas de obtener. Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina francesa, la compensación debida está limitada al daño emergente, es decir, a los costos incurridos en conexión con las negociaciones<sup>105</sup>; por ejemplo, el costo de los viajes, las reuniones, la asesoría jurídica, las llamadas por teléfono y la documentación producida para llegar a un acuerdo<sup>106</sup>.

El nuevo código argentino no limita la indemnización por los daños surgidos bajo este

<sup>94</sup> Francia Art. 1112, 1112-1 y 1112-2 del CC 2016; Argentina Arts. 990, 991 y 992 del CCom 2015.

<sup>95</sup> Francia Art. 1112 del CC 2016.

<sup>96</sup> Argentina Art. 991 del CCom 2015; Francia Art. 1112 del CC 2016.

<sup>97</sup> Argentina Art. 991 del CCom 2015.

<sup>98</sup> Francia Art. 1112-1 del CC 2016.

<sup>99</sup> Argentina Art. 1100 del CCom 2015: “El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato.”

<sup>100</sup> El deber general de actuar en buena fe se establece en el Art. 1198 del CCom 2015 argentino. El deber de actuar en buena fe durante las tratativas preliminares se consagra en el Art. 991 del mismo ordenamiento.

<sup>101</sup> Argentina Art. 992 del CCom 2015; Francia Art. 1112-2 del CC 2016. Comentando que la regla refuerza la obligación general de actuar en buena fe ver, S. PELLET, “Négotiations Et Avant-Contrat”, en M. LATINA(ed.), *La Réforme Du Droit Des Contrats En Pratique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 27.

<sup>102</sup> Argentina Art. 992 del CCom 2015.

<sup>103</sup> E. MUÑOZ / D. OBEY AMENT-GUEMEZ, “Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party’s Profits under the CISG”, *Journal of International Commercial Law*, Vol. 8 Iss. 2, 2017, pp. 201–219.

<sup>104</sup> Este daño es el derivado de otras oportunidades de negocio que se dejaron pasar por haber confiado en el contrato frustrado.

<sup>105</sup> V. COLAIUTA, “Recent Reform of the French Civil Code”, *Construction Law International*, 12/1, Marzo 2017, p. 36.

<sup>106</sup> MUÑOZ (nota 28), p. 234.

tipo de incumplimiento precontractual<sup>107</sup>. Un autor, considera que la redacción actual del artículo 991 del CCom 2015 permite que la compensación pudiera sobrepasar el interés negativo<sup>108</sup>. Sin embargo, lo más lógico es que el sistema de responsabilidad precontractual adoptado por Argentina (posiblemente influenciado por los PICC) limite la indemnización a los gastos incurridos en las negociaciones y a la pérdida de la oportunidad de concluir otro contrato con un tercero (llamado interés negativo y *perte de la chance*). La responsabilidad precontractual no permite, usualmente, recuperar las ganancias que se hubieran obtenido si el contrato se hubiera concluido (llamado interés positivo)<sup>109</sup>. La posibilidad de recuperar los daños por las oportunidades perdidas hace que la ley argentina disuada a las partes de incumplir sus obligaciones precontractuales más que la francesa. No obstante, la demostración de la oportunidad perdida por la parte afectada es una tarea difícil, ya que requiere mostrar evidencia real sobre negocios paralelos realmente frustrados por la confianza puesta en la negociación interrumpida; la compensación se debe de limitar a la pérdida real de otras oportunidades de contratar con un tercero<sup>110</sup>.

## VII. Interpretación e integración del contrato

En Argentina y Francia, los contratos se deben interpretar de conformidad con la intención compartida de las partes<sup>111</sup>. Esta regla consagra un criterio subjetivo, el cual requiere que los juzgadores descubran la intención real de las partes, más allá del significado literal de sus declaraciones o conductas. Este enfoque se utiliza junto con otras reglas de interpretación sistemática diseñadas para ayudar en la tarea de interpretación del contrato. Esas normas requieren que las cláusulas del contrato se interpreten conjuntamente, dando a los términos poco claros el significado que resulte de tomar el contrato como un todo o el significado que se ajuste mejor al conjunto del acto<sup>112</sup>.

El problema con el enfoque subjetivo es de naturaleza probatoria. En caso de disputa, las partes frecuentemente argumentan significados opuestos de las cláusulas, las declaraciones o conductas clave y no existe o hay poca evidencia de un entendimiento común. Sobre esa base, el artículo 1188 del CC 2016 francés agrega que si la intención común de las partes no puede determinarse, el contrato se interpreta conforme al significado que le daría una persona razonable en la misma situación. Esta regla fue claramente tomada del artículo 8(2) CISG y su criterio de interpretación objetiva<sup>113</sup>.

El nuevo CCom argentino perdió la oportunidad de incorporar el criterio de una “persona razonable” como una norma alternativa de interpretación del contrato. No obstante, dicho instrumento enuncia otros criterios que se deben tomar en consideración para revelar la intención común de las partes, tales como la naturaleza y la finalidad del contrato,

<sup>107</sup> Argentina Art. 991 del CCom 2015.

<sup>108</sup> CAMELO (nota 40), p. 390.

<sup>109</sup> Ver PICC Art. 2.1.15, Comentario 2.

<sup>110</sup> MUÑOZ (nota 28), p. 234.

<sup>111</sup> Argentina Art. 1061 del CCom 2015; Francia Art. 1188 del CC 2016.

<sup>112</sup> Argentina Art. 1064 del CCom 2015; Francia Art. 1189 del CC 2016.

<sup>113</sup> MÉNDEZ-SIERRA / QUAGLIA (nota 52), p. 5.

la conducta de las partes previa y subsecuente a la conclusión del mismo, así como las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones<sup>114</sup>. Estos parámetros siguen lo establecido en el artículo 8(3) CISG y hubieran sido una adición conveniente a los nuevos principios de interpretación subjetiva y objetiva del CC francés. Su implementación en Francia hubiera recordado a las partes y al juzgador acerca de la relevancia que los usos y las prácticas tienen en el entendimiento subjetivo de las declaraciones de las partes, así como en el entendimiento objetivo de una persona razonable.

Los principios de *favor negotii*, *contra proferentem* y *favor debitoris* se mantuvieron en ambos sistemas<sup>115</sup>.

Los usos y las prácticas integran las lagunas en los contratos en Argentina y Francia<sup>116</sup>. El CCom argentino ahora desarrolla el concepto, requisitos de aplicación y los límites al empleo de usos y prácticas: son vinculantes los del lugar de conclusión del contrato por acuerdo entre las partes o cuando sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato<sup>117</sup>. La referencia a los usos y prácticas del lugar de conclusión del contrato no previene la aplicación de otros usos y prácticas siempre que sean conocidos y usados en el ramo comercial en cuestión. Esta regla sigue al artículo 9 CISG y brinda certeza jurídica a las partes, por lo tanto, una norma similar debería de implementarse en Francia u otros derechos latinoamericanos.

## VIII. Obligaciones del vendedor

En Argentina, la compraventa se define como el contrato mediante el cual una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero<sup>118</sup>. En Francia, el mismo contrato se define como un acuerdo por medio del cual una de las partes se obliga a entregar una cosa y la otra a pagar un precio por ella<sup>119</sup>. La definición de compraventa en Argentina no hace referencia alguna a la obligación de entregar la cosa, mientras que Francia omite la obligación de transmitir la propiedad de la misma. No obstante, dichas obligaciones se encuentran implícitas en ambos sistemas. En Francia, la transmisión de la propiedad de la cosa ocurre, salvo acuerdo en contrario de las partes<sup>120</sup>, desde que estas acuerdan la cosa y el precio, independientemente de si los bienes son entregados o el precio pagado<sup>121</sup>. En Argentina, la entrega de los bienes se requiere para que la propiedad se transmita de conformidad con la doctrina de *tradittio*, por lo tanto, la entrega de la cosa conlleva transmisión de la propiedad<sup>122</sup>. Los dos sistemas legales se mantienen fieles a sus respectivas aproximaciones respecto a la transmisión de la propiedad, lo que también influencia las normas que regulan los derechos de propiedad

<sup>114</sup> Argentina Art. 1065 del CCom 2015.

<sup>115</sup> Ver Argentina Arts. 1066, 1068 del CCom 2015; Francia Arts. 1191, 1190 del CC 2016.

<sup>116</sup> Argentina Art. 964 del CCom 2015; Francia Art. 1194 del CC 2016.

<sup>117</sup> Argentina Art. 964 del CCom 2015.

<sup>118</sup> Argentina Art. 1123 del CCom 2015.

<sup>119</sup> Francia Art. 1582 del CC 2016.

<sup>120</sup> Las cláusulas de reserva de dominio son ejecutables en Francia, ver Art. 2367 del CC 2016.

<sup>121</sup> Francia Art. 1583 del CC 2016.

<sup>122</sup> Argentina Art. 750 del CCom 2015. Para ver más información acerca de la doctrina *tradittio* en Latinoamérica ver Muñoz (nota 28), pp. 368-69.

de terceros. Por ejemplo, el sistema de *tradittio* en Argentina permite la venta de bienes ajenos siempre y cuando los vendedores sean capaces de transmitir la propiedad al momento de la entrega de los mismos<sup>123</sup>. En Francia, la venta de bienes ajenos es anulable y el vendedor es responsable por los daños causados al comprador de buena fe<sup>124</sup>. Ambos enfoques pudieran fungir como modelos para reformas legales, siempre que el sistema legal receptor tenga reglas compatibles.

Argentina mantuvo una norma respaldando la transmisión de la propiedad de cosas muebles por la entrega de conocimientos de embarque, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas<sup>125</sup>. Argentina también especifica que los gastos relacionados con la entrega de la cosa vendida deben ser cubiertos por el vendedor<sup>126</sup>. En Francia esta cuestión se resuelve por el derecho jurisprudencial. Por lo tanto, las reglas en Argentina son más identificables y benéficas para los usuarios.

En Francia, los bienes deben de cumplir con las características, descripción y cantidad acordada en el contrato. A falta de acuerdo, la responsabilidad por la falta de conformidad de la cosa se basa principalmente en la garantía codificada de los *vices cachés*: el vendedor es responsable por cualquier defecto oculto que haga que los bienes sean inadecuados para el uso al cual se destinan, o que impidan al comprador dicho uso de tal manera que este no los hubiera comprado si los hubiera conocido<sup>127</sup>. Por consiguiente, el remedio aplicable se determina en Francia analizando si se incumplió una garantía legal de saneamiento por los defectos ocultos o una obligación que se acordó entre las partes. En el primer caso, el comprador puede demandar la terminación del contrato con efectos restitutorios o la reducción del precio<sup>128</sup>. No se pueden reclamar los daños bajo este supuesto a menos que el comprador compruebe que el vendedor tenía conocimiento de los defectos ocultos<sup>129</sup>. El plazo de prescripción para comenzar una reclamación con base en los vicios ocultos de la cosa es de dos años<sup>130</sup>. En el segundo caso, la falta de la entrega en tiempo de los bienes y la entrega de bienes que no fueron acordados, recae en otra categoría de incumplimiento, el cual faculta al comprador a demandar la resolución o el cumplimiento específico del contrato<sup>131</sup>, más daños, incluyendo las ganancias dejadas de obtener debido al incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor<sup>132</sup>. Los mismos remedios aplican, aunque bajo una norma distinta, por el incumplimiento de obligaciones pactadas entre las partes<sup>133</sup>. El plazo de prescripción para realizar este tipo de reclamos es de cinco años<sup>134</sup>.

<sup>123</sup> Argentina Art. 1008 del CCom 2015: "Los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, solo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados."

<sup>124</sup> Francia Art. 1599 del CC 2016.

<sup>125</sup> Argentina Art. 1925 del CCom 2015.

<sup>126</sup> Argentina Art. 1138 del CCom 2015.

<sup>127</sup> Francia Art. 1641 del CC 2016.

<sup>128</sup> Francia Art. 1644 del CC 2016.

<sup>129</sup> Francia Art. 1648 del CC 2016.

<sup>130</sup> Francia Art. 1648 del CC 2016.

<sup>131</sup> Francia Art. 1610 del CC 2016.

<sup>132</sup> Francia Art. 1611 del CC 2016.

<sup>133</sup> Francia Art. 1217 del CC 2016.

<sup>134</sup> Francia Art. 2224 del CC 2016.

El viejo Código Civil argentino compartía con Francia el sistema multicasuístico descrito anteriormente para determinar la conformidad del bien en los contratos de compraventa. Sin embargo, el texto del artículo 1156 del CCom 2015 ahora sigue estrechamente lo establecido en el artículo 35(2) CISG, el cual aporta criterios específicos para determinar la conformidad de la cosa. Bajo este enfoque, los bienes deben ser adecuados para i) los fines a que ordinariamente se destinan cosas del mismo tipo o ii) para cualquier fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor al momento de la celebración del contrato, excepto que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara, en la idoneidad y criterio del vendedor o iii) deben tener la calidad de las muestras de conformidad con el artículo 1153 del mismo cuerpo de leyes.

Desde el punto de vista de los autores, el artículo 1156 del CCom 2015 argentino reemplaza las normas generales relativas a los defectos ocultos de la cosa. En particular, los artículos 1051, 1054 y 1055 del CCom 2015, que establecen diferentes plazos para notificar los defectos (sesenta días desde que se manifiesta) y una garantía legal máxima de seis meses desde que se recibió el bien o se puso en funcionamiento, no deberían prevalecer sobre el artículo 1157 del CCom 2015, el cual requiere una notificación de falta de conformidad sin demora. El esquema uniforme de falta de conformidad que se sigue actualmente en Argentina tiene ventajas sobre el sistema multicasuístico francés, en donde los remedios por incumplimiento contractual se estructuran de manera tal que cada causa que implique un trastorno en la ejecución del contrato desencadena un remedio específico. El concepto uniforme de falta de conformidad, que también está contemplado en la CISG y en los PICC, es más fácil de entender y aplicar para los juristas y para la generalidad de las personas en comparación con el sistema multicasuístico<sup>135</sup>.

## IX. Obligaciones del comprador

Las principales obligaciones del comprador son pagar el precio y recibir los bienes entregados<sup>136</sup>. El comprador debe pagar el precio en el tiempo y lugar convenido por las partes. Si no hubo un acuerdo en ese sentido, Argentina y Francia han mantenido la regla que el precio debe de pagarse al momento y en el lugar de entrega del bien<sup>137</sup>. Esta regla difiere del modelo adoptado por la CISG que requiere el pago contra la entrega de mercancías, o documentos que controlan la posesión de los bienes, ya sea en el establecimiento del vendedor o en el lugar donde ocurre el intercambio de documentos señalados o se efectúe la entrega<sup>138</sup>. A pesar de esta diferencia, las disposiciones argentinas y francesas son adecuadas para el comercio nacional en donde tales tipos de documentos de transportes no son usuales.

<sup>135</sup> E. Muñoz, "Understanding the CISG System of Remedies from the Latin American Domestic Laws", en: I. SCHWENZER / C. PEREIRA / L. TRIPODI (eds.), *CISG and Latin America*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2016, pp. 96-98.  
<sup>136</sup> Argentina Arts. 1123 y 1141 del CCom 2015; Francia Art. 1582 del CC 2016.  
<sup>137</sup> Francia Art. 1651 del CC 2016; Argentina Arts. 874 (b) y 1152 del CCom 2015.  
<sup>138</sup> Arts. 57 y 58 CISG.

La obligación del comprador de recibir los bienes no fue desarrollada en la nueva ley contractual francesa. Por el contrario, Argentina estableció que la obligación de recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato consiste en realizar todos los actos que razonablemente se pueden esperar del comprador para que el vendedor pueda efectuar la entrega y en hacerse cargo de la cosa<sup>139</sup>. Dicha definición imita el texto del artículo 60 CISG, el cual sirve para clarificar el alcance de esta obligación. Existe una norma similar para la obligación de pago del precio en el artículo 54 CISG<sup>140</sup>, que no fue incorporada por ninguno de los sistemas aquí comentados. Si bien los artículos 54 y 60 CISG fueron diseñados para el comercio internacional, en donde las complejidades bancarias pueden afectar el cumplimiento total y puntual de la obligación de pago, una regla comparable podría adoptarse asertivamente para las compraventas nacionales en otras jurisdicciones de la región.

Los compradores deben cumplir con el deber implícito de examinar los bienes y notificar la existencia de cualquier defecto o inconformidad de la mercancía a efecto de preservar el derecho a solicitar un remedio por incumplimiento contractual<sup>141</sup>. No obstante, Francia perdió la oportunidad de desarrollar más ampliamente esta obligación en su nueva ley contractual; la norma aplicable todavía requiere que cualquier reclamación por falta de conformidad sea presentada dentro de los dos años contados a partir del momento en el cual los defectos fueron descubiertos<sup>142</sup>. Argentina complicó la cuestión al establecer tres plazos diferenciados. Primero, el comprador debe de notificar al vendedor de cualquier defecto oculto dentro de los sesenta días de haberse manifestado<sup>143</sup>. Segundo, para los bienes que se entregan en fardo o bajo cubierta que impiden su examen, el comprador puede reclamar cualquier falta en la cantidad o la inadecuación de las cosas al contrato dentro de los diez días inmediatos a la entrega<sup>144</sup>. Tercero, en las compraventas sobre muestras o en las que las cosas no han sido examinadas ni reconocidas por el comprador antes de la entrega, el último debe informar al vendedor de cualquier falta de conformidad sin demora<sup>145</sup>.

Todas estas aproximaciones son inapropiadas en transacciones nacionales o internacionales. Francia y Argentina perdieron la ocasión de establecer un plazo flexible para llevar a cabo la inspección o el examen de los bienes, así como para notificar a la otra parte la inconformidad, como lo establecen los artículos 38 y 39 CISG. Una regla que requiera la inspección dentro del plazo más breve posible conforme a las circunstancias particulares de cada caso<sup>146</sup>, ya no requiere hacer una distinción entre bienes empaquetados, transportados al destino o afectados por vicios aparentes u ocultos a su arribo. Lo

<sup>139</sup> Argentina Art. 1141(b) del CCom 2015.

<sup>140</sup> Art. 54 CISG: "La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago."

<sup>141</sup> Ver Francia Art. 1648 del CC 2016; Argentina Art. 1054 del CCom 2015.

<sup>142</sup> Francia Art. 1648 del CC 2016.

<sup>143</sup> Argentina Art. 1054 del CCom 2015.

<sup>144</sup> Argentina Art. 1155 del CCom 2015.

<sup>145</sup> Argentina Arts. 1153, 1154 y 1157 del CCom 2015.

<sup>146</sup> Ver Art. 38 CISG.

mismo aplica a la obligación del comprador de notificar al vendedor de cualquier falta de conformidad dentro de un plazo razonable después de que descubrió o debió haber descubierto tales defectos<sup>147</sup>.

## X. Transmisión del riesgo

Las partes pueden acordar el tiempo y lugar de transmisión del riesgo de los bienes<sup>148</sup>. A falta de convenio, la regla por omisión en Francia aún establece que el riesgo pasa del vendedor al comprador al momento de conclusión del contrato, debido a que la transmisión de la propiedad del bien también implica la del riesgo<sup>149</sup>. La norma francesa no es apropiada, ya que los bienes frecuentemente se encuentran en posesión del vendedor al momento de conclusión del contrato. Con base en la obligación del vendedor de proteger y cuidar los bienes hasta su entrega<sup>150</sup>, los compradores usualmente reclaman que los vendedores incumplieron dichos deberes, lo cual crea controversias costosas.

El problema de la transmisión del riesgo es abordado por Argentina conforme al siguiente criterio: el riesgo pasa al comprador cuando los bienes se colocan a su disposición, a la disposición del transportista o a un tercero<sup>151</sup>. En ese sentido, el nuevo artículo 1149 del CCCom 2015 avala la libertad de las partes de acordar el lugar y el método conforme al cual se pondrán a disposición del comprador los bienes, sin menoscabo al derecho del comprador de examinar los bienes posteriormente (dentro de diez días). Para las compraventas en tránsito, esta norma también reconoce la posibilidad de que la entrega (y por lo tanto el riesgo) pueda llevarse a cabo por mero acuerdo de las partes al momento de la asignación y endoso de los documentos de transporte. La solución refleja lo establecido en el artículo 69 CISG y constituye un cambio positivo para el desarrollo de las compraventas de bienes regidas por la ley argentina.

Como en su antigua legislación, ambos sistemas reiteran que el daño o la pérdida de los bienes causada por defectos ocultos existentes antes de la transmisión del riesgo deben ser soportadas por los vendedores<sup>152</sup>.

## XI. Acciones por incumplimientos contractual

### 1. Derecho a suspender el cumplimiento

Las partes deben cumplir con sus obligaciones en la manera y tiempo acordados. La regla por omisión en ambos sistemas es que –tratándose de contratos bilaterales– las partes deben realizar sus obligaciones simultáneamente<sup>153</sup>. No obstante, una par-

te puede suspender la ejecución de sus obligaciones bajo la doctrina de *exceptio non adimpleti contractus*<sup>154</sup>. Dicha posibilidad ya se enunciaba en el antiguo Código Civil argentino<sup>155</sup>, pero la norma en el nuevo CCCom 2015 tiene una redacción más clara que refleja lo establecido en el artículo 7.1.3 PICC: cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación<sup>156</sup>. También la nueva ley contractual limitó considerablemente la posibilidad del comprador de suspender el pago del precio mientras no tiene la posibilidad de examinar las cosas (a menos que la modalidad de entrega o de pago pactados por las partes sean incompatibles con esa posibilidad)<sup>157</sup>; la ley anterior permitía al comprador rehusarse a pagar si el vendedor no entregaba exactamente lo que se había acordado o si el vendedor quisiese entregar las cosas vendidas en partes, de una calidad diversa a la establecida en el contrato o sin sus accesorios<sup>158</sup>. Asimismo, influenciado por el artículo 71 CISG, el CCCom 2015 argentino ahora fija un nivel superior de perjuicio y más requisitos para poder suspender el cumplimiento de las obligaciones de las partes, ya que se establece que cualquiera de ellas puede diferir el cumplimiento de sus obligaciones solamente si tiene el riesgo de sufrir daños en razón a la grave deficiencia en la ejecución de la otra parte o a su falta de credibilidad, debiendo levantar la suspensión si la otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones<sup>159</sup>.

De igual manera, el nuevo Código Civil francés ahora regula el derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones, el cual solamente estaba reconocido anteriormente por el derecho jurisprudencial<sup>160</sup>. La ley en comento también requiere que la posibilidad de incumplimiento por la otra parte tenga consecuencias suficientemente graves<sup>161</sup>. En ese sentido, Argentina y Francia difieren del artículo 71(1) CISG, que requiere que resulte manifiesto que “la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”. La evidencia de un daño o consecuencias graves bajo el código argentino y el francés pueden hacer más difícil que se cumpla con el estándar de evidencia para que se pueda llevar a cabo una suspensión.

La ley francesa no establece los indicios de falta de cumplimiento sobre los que una parte puede basarse. De cualquier manera, el artículo 1613 del CC 2016 sobre la compraventa puede tomarse como una directriz aplicable a todas las partes; esta regla estipula que el vendedor no está obligado a entregar los bienes si después de la conclusión del contrato de compraventa, el comprador cae en insolvencia, lo que hace que el vendedor se encuentre en un peligro inminente de perder el precio, a menos que el comprador le otorgue una garantía de pago en tiempo<sup>162</sup>. Por el otro lado, la ley francesa requiere que

<sup>147</sup> Ver Art. 39 CISG.

<sup>148</sup> Francia Art. 1196 del CC 2016: «Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi».

<sup>149</sup> Francia Art. 1196 del CC 2016. Esta regla ha influenciado muchas otras normas en la región, ver una disposición común que enuncia que cualquier pérdida o daño o mejora en los bienes debe correr por cuenta del comprador, a pesar de que los bienes no se han entregado todavía: Bolivia Art. 600 CC (implied rule); Chile Art. 1820 CC & Arts. 142, 143 (1) Com C; Colombia Art. 1876 CC; Ecuador Art. 1787 CC & Arts. 187, 188 Com C; México Art. 2014 CC; Paraguay Art. 761 CC; Uruguay Arts. 1682, 1438 (I) CC; España Arts. 1.182, 1.452 CC; Venezuela Art. 1.161 CC.

<sup>150</sup> Francia Art. 1197 del CC 2016.

<sup>151</sup> Argentina Art. 1151 del CCCom 2015.

<sup>152</sup> Francia Art. 1147(2) del CC 2016.

<sup>153</sup> Argentina Art. 1031 del CCCom 2015.

<sup>154</sup> Francia Arts. 1220 y 1219 del CC 2016; Argentina Art. 1031 del CCCom 2015.

<sup>155</sup> Ver Argentina Arts. 1201 y 1426 CC abrogado.

<sup>156</sup> Argentina Art. 1031 del CCCom 2015.

<sup>157</sup> Argentina Art. 1152 del CCCom 2015.

<sup>158</sup> Ver Argentina Art. 1426 CC abrogado.

<sup>159</sup> Argentina Art. 1031 del CCCom 2015.

<sup>160</sup> CHENEDE (nota 42), p. 180, para. 28.51.; BENABENT (nota 42), p. 298, para. 367.

<sup>161</sup> Francia Arts. 1220 y 1219 del CC 2016.

<sup>162</sup> Francia Art. 1613 del CC 2016.

la parte que ejercite el derecho de suspensión del cumplimiento de sus obligaciones, notifique la suspensión a la otra parte tan pronto como sea posible<sup>163</sup>, lo que constituye una inclusión positiva que sigue al artículo 71 (3) CISG y que fomenta la certeza legal para las otras partes. Argentina no establece el deber de notificación, por lo que se puede considerar que Francia ha implementado la “*better law*” en esta materia.

## 2. Cumplimiento específico

Ambos sistemas legales ratifican el lugar primordial del cumplimiento específico como acción ante el incumplimiento contractual.<sup>164</sup> Este remedio se enunciaba imperfectamente en el Código Civil francés de 1804, ya que el artículo 1142 enfatizaba los daños, excluyendo otros remedios. Sin embargo, el cumplimiento era también una opción conforme al derecho jurisprudencial de la Corte de Casación francesa<sup>165</sup>. Una notable adición es la desviación expresa del principio de *pacta sunt servanda* en algunas circunstancias. El artículo 1221 del CC 2016 francés establece que el remedio de cumplimiento específico no debería de otorgarse cuando hay una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y los beneficios del acreedor. La redacción se agregó para clarificar las consecuencias de la doctrina de la imprevisión o excesiva onerosidad, que constituye otra innovación importante en la ley francesa (explicada posteriormente en esta sección).

## 3. Daños

Un cambio importante en Argentina es que con el nuevo código, la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato y la responsabilidad extracontractual se rigen por el mismo esquema de normas<sup>166</sup>. Francia todavía distingue las reglas aplicables a cada tipo de responsabilidad<sup>167</sup>. A pesar de esta diferencia, algo que tienen en común ambos sistemas es que adoptan el principio de indemnización plena, lo que quiere decir que la parte perjudicada tiene el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento<sup>168</sup>. Adicionalmente, la obligación de mitigar los daños, que es una obligación derivada del principio de buena fe en el derecho francés<sup>169</sup>, ahora se codificó y constituye una obligación legal bajo la ley argentina<sup>170</sup>. La regla del artículo 1710 del CCCom 2015 también otorga el derecho de recuperar los gastos incurridos al mitigar los daños bajo las reglas del enriquecimiento ilícito.

## 4. Exención

Los nuevos derechos contractuales de Argentina y Francia mejoraron las bases para la exención por incumplimiento contractual. Por un lado, se definió por primera vez en el có-

digo francés el concepto de *force majeure*<sup>171</sup> –influenciado por el artículo 79 CISG– como un impedimento ajeno a la voluntad del deudor que impide la ejecución de la prestación por este, que no podía haberse razonablemente previsto al momento de la celebración del contrato y que por lo tanto los efectos no pudieron evitarse por las medidas apropiadas<sup>172</sup>. Argentina sigue los mismos requerimientos a través de la definición de *force majeure*, la cual se inserta dentro del nuevo concepto más amplio de imposibilidad<sup>173</sup>.

Por otro lado, Argentina incorporó la frustración de la causa fin del contrato como un supuesto de ineficacia contractual, es decir, como base para poder resolver el contrato<sup>174</sup>. Al igual que bajo la doctrina de la frustración Anglo-Americana<sup>175</sup>, el contrato se hace inviable al encontrarse frustradas sus finalidades por una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, ajenas a las partes y que superan el riesgo asumido por el obligado<sup>176</sup>.

Asimismo, por primera vez, Francia permite la exención en favor de una parte de un contrato privado en caso de un cambio en las circunstancias de contratación, también conocido como excesiva onerosidad sobreviniente o como “*hardship*” por las tradiciones del *common law*<sup>177</sup>. La ley francesa no era favorable al concepto de “*hardship*”; la teoría de la *imprévision* aplicaba solamente a contratos de naturaleza administrativa<sup>178</sup>. Ahora, bajo el artículo 1195 del CC 2016 francés, si un cambio en las circunstancias, que era imprevisible al momento de la conclusión del contrato, hace su ejecución se torne excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado tomar dicho riesgo, esa parte puede solicitar a la contraria la renegociación de los términos del contrato. La primera parte debe de continuar con la ejecución de sus obligaciones durante la renegociación. Si se rehúsa a negociar o la renegociación falla, las partes pueden convenir en resolver el contrato desde la fecha y en las condiciones que determinen o requerir al juez su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, si una parte lo solicita, modificar el contrato o terminarlo desde la fecha y bajo las condiciones que este determine<sup>179</sup>.

Argentina ya contemplaba el supuesto de *hardship* como base para una exención<sup>180</sup>. La redacción del nuevo artículo 1091 del CCCom 2015, sigue la noción previa y también el entendimiento francés de la *imprévision*<sup>181</sup>. Sin embargo, hay dos cambios que merecen ser resaltados. El nuevo CCCom argentino ahora faculta a la parte perjudicada a solicitar

171 CHENÉDE (nota 42), p. 176, para. 28.21. « Évoquée à l'ancien article 1148, la force majeure n'avait pas été définie par les rédacteurs de Code Civil ».

172 Francia Art. 1218 del CC 2016; Art. 7.1.7(1) PICC; Art. 8:808(1) PECL; Art. III – 3:104(1) DCFR son prácticamente idénticas al Art. 79(1) CISG. Lo mismo es cierto para la ICC Force Majeure Clause. Sin embargo, la anterior proporciona una lista de eventos que pueden constituir un impedimento.

173 Argentina Arts. 1730, 1731 y 1732 del CCCom 2015.

174 Argentina Art. 1090 del CCCom 2015; Caramelo, Art. 1090' (nota 40), p. 483.

175 Argentina Art. 1090 del CCCom 2015; Estados Unidos § 2-615 UCC, el Restatement Second, Contracts, reitera esta posición: ver American Law Institute Restatement on the Law of Contracts (2ed, American Law Institute Publishers, St Paul, Minnesota, 1981) § 261; el caso principal que ilustra esta regla es Transatlantic Financing Corporation, Appellant, v. United States of America, Appellee, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) citado en A. PALUMBO, *Modern Law of Sales in the United States*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2015, pp. 165-66. También ver L. DIMATTEO, *International Contracting: Law and Practice*, 3a ed., Holanda, Wolters Kluwer, 2013, p. 264, para. 7.23; SCHWENZER, HACHEM, y KEE (nota 37), p. 652, para. 45.13; C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, 18, International Arbitration Law Library, Den Haag, Kluwer Law International, 2008, p. 410.

176 Argentina Art. 1090 del CCCom 2015; Caramelo, Art. 1090' (nota 40), p. 483.

177 CHENÉDE (nota 42), p. 142, para. 25.51; BENABENT (nota 42), p. 253, para. 309.

178 BENABENT (nota 42), p. 253, para. 309; J.-C. RODA, “Réflexions Pratiques Sur L'imprévision”, en M. LATINA (ed.), *La Réforme Du Droit Des Contrats En Pratique*, France, Dalloz, 2017, p. 70.

179 Francia Art. 1195 del CC 2016.

180 Ver Argentina Art. 1198 CC abrogado.

181 Argentina Art. 1091 del CCCom 2015.

163 Francia Arts. 1217 y 1220 del CC 2016.

164 Argentina Art. 777 del CCCom 2015; Francia Art. 1221 del CC 2016.

165 CHENÉDE (nota 42), p. 183, para. 28.91.

166 S. PICASSO, “Art. 1737”, en M. HERRERA / G. CARAMELO / S. PICASSO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, IV, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p. 417; Argentina Arts. 1737 et seq. del CCCom 2015.

167 Ver Francia Art. 1231 (1-7) y compararlo con los Arts. 1240 et seq. del CC 2016; BENABENT (nota 42), p. 318, para. 404.

168 Francia Art. 1231-3 del CC 2016; Argentina Art. 1739 del CCCom 2015.

169 BENABENT (nota 42), pp. 331-32, para. 426: “La jurisprudence française, sans l'aide de ce principe [mitigation / dommage atténuable], parvient parfois à consacrer la même idée, souvent au moyen de la notion de bonne foi. Mais elle refuse d'en faire un principe.”

170 Ver Argentina Art. 1710 del CCCom 2015.

la adaptación del contrato a un tercero (corte o tribunal arbitral) o a resolver el contrato unilateralmente por una declaración, en adición a la antigua posibilidad de reclamar la resolución del contrato por un tercero<sup>182</sup>.

Tal y como se postuló en una contribución distinta<sup>183</sup>, el mejor remedio, *i.e.* solución, en un escenario de *hardship*, podría ser la resolución unilateral por declaración del obligado contemplada en Argentina. La obligación de renegociar, aunque presente en bastantes sistemas legales<sup>184</sup>, no es conveniente. Un deber de renegociación no debería ser impuesto a las partes; en particular, si no hay consecuencias legales por su incumplimiento. Los escenarios de *hardship* y de la obligación de mitigar daños ya ofrecen a las partes suficientes incentivos factuales para renegociar de manera voluntaria. Además, los incentivos procedimentales para realizar negociaciones como las cláusulas escalonadas para la solución de controversias que aplican a todo tipo de contratos son preferibles a una obligación de renegociación anclada en la ley sustantiva.

De igual forma, el remedio de adaptación del contrato por una corte o tribunal arbitral no es necesario ni recomendable. Esta regla quita de las manos de las partes la posibilidad de encontrar una solución a su problema. Además, las decisiones judiciales o arbitrales adaptando contratos frecuentemente llegan demasiado tarde. En el tipo de escenario descrito, es de suma importancia que las soluciones sean rápidas, lo cual no se logra en la mayoría de los sistemas judiciales actuales. De igual manera, el remedio de resolución del contrato por una corte o tribunal arbitral no es óptima. Esta solución contradice el enfoque moderno internacional de la resolución del contrato por una declaración hecha por la parte afectada, la cual es más previsible y menos costosa si se compara con los mecanismos de resolución *ipso facto* o por declaración judicial o arbitral.

## 5. Resolución del contrato

En ambos códigos, el remedio de resolución del contrato experimentó cambios positivos. Ahora Código Civil francés reconoce la resolución del contrato de pleno derecho por la aplicación de una *clause résolutoire*, o pacto comisorio expreso, sin la condición de gravedad y desde la notificación de resolución hecha por el acreedor<sup>185</sup>; el juzgador no podrá interponerse para apreciar su justificación<sup>186</sup>. Argentina ya reconocía los mismos efectos para cláusulas resolutorias expresas<sup>187</sup>.

Asimismo, en Francia y Argentina se reconoció la resolución del contrato por declaración de una de las partes (desviándose de la resolución del contrato declarada por el

juzgador)<sup>188</sup>. Los requisitos para resolver el contrato, de manera sistemática y clara, fueron integrados a los códigos con conceptos influenciados por las nociones de incumplimiento esencial y *nachfrist* de los artículos 25, 49(1)(b) y 63/64(1)(b) de la CISG. Por ejemplo, el artículo 1226 del CC 2016 francés, establece que el acreedor tiene la obligación otorgar al deudor en mora, un plazo razonable para la ejecución de sus obligaciones, a efecto de resolver el contrato una vez transcurrido dicho plazo sin el cumplimiento del deudor.

De manera similar, de conformidad con el artículo 1088 del CCom 2015 argentino, el contrato se resuelve de pleno derecho si el obligado moroso no cumple con sus obligaciones dentro del plazo establecido por el acreedor, que no puede ser menor a quince días, excepto que de los usos o de naturaleza de la prestación resulte la procedencia de uno menor<sup>189</sup>. El Código Civil francés clarifica que el plazo adicional para cumplir con la prestación debida no es necesario en casos de urgencia, aunque no se aportan criterios para determinar cuándo se está en tal supuesto. En Argentina tampoco es necesario conceder un plazo de gracia al deudor moroso si el cumplimiento puntual era esencial<sup>190</sup>. La determinación de cuáles obligaciones debían cumplirse puntualmente, es un asunto de interpretación del contrato.

De cualquier manera, para tener el derecho a resolver el contrato, se requiere alcanzar un grado elevado de incumplimiento: esencial en Argentina y grave en Francia<sup>191</sup>. Desafortunadamente, el CC 2016 francés no agregó una definición o criterio para determinar lo que puede constituir un incumplimiento suficientemente grave. Un autor considera que dicho requisito se cumple en los casos donde la prestación o satisfacción esencial esperada por una de las partes es destruida o comprometida por la inexecución de la contraria<sup>192</sup>. Esta aproximación asimila el concepto de incumplimiento grave en el artículo 1084 del CC 2016 francés con la noción de incumplimiento esencial contemplada en el artículo 25 de la CISG. Por el otro lado, la influencia de la CISG en Argentina es más clara, ya que el “incumplimiento esencial” se actualiza cuando se priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tenía derecho a esperar del contrato<sup>193</sup>.

## XII. Conclusión

Los nuevos derechos contractuales en Argentina y Francia constituyen, respectivamente, modelos para futura reforma de otros derechos Latinoamericanos. Ambos sistemas jurídicos, de tradición romano-germánica, han adoptado reglas novedosas influenciadas por el derecho uniforme plasmado en la CISG y los PICC. Esta contribución ha comparado las soluciones adoptadas en ambos derechos para algunas de las cuestiones importantes en materia contractual. Bajo la óptica del método funcional de derecho com-

<sup>182</sup> Argentina Art. 1091 del CCom 2015, and Caramelo, 'Art. 1091', at 486.

<sup>183</sup> Ver I. SCHWENZER/ E. MUÑOZ, "Duty to Renegotiate and Contract Adaptation in case of hardship", *Uniform Law Review*, Vol. 24, N° 1, 2019 un2009, <https://doi.org/10.1093/ulr/unz009>.

<sup>184</sup> Art. 6.2.3(1) PICC; Art. 6:111(2) PECL 1999; Art. III – 1:110(3)(d) DCFR; Art. 467 CC Armenia; Art. 422 CC Azerbaiyán; Art. 1195 CC 2016 Francia; Art. 6.204 CC Lituania; Art. 451 CC Rusia; Art. 652 CC Ucrania.

<sup>185</sup> Francia Art. 1124 en conjunción con el Art. 1226 del CC 2016, comparado con el anterior Art. 1184 del CC.

<sup>186</sup> BENABENT (nota 42), p.313, para. 97.

<sup>187</sup> Argentina Art. 1086 del CCom 2015, comparado con el Art. 1204(3) del CC abrogado.

<sup>188</sup> Argentina Art. 1088 (c) del CCom 2015: "la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte"; Francia Art. 1226 del CC 2016; CHENEDE (nota 42), p. 197, para. 28.71.

<sup>189</sup> Argentina Art. 1088 (c) del CCom 2015.

<sup>190</sup> Argentina Art. 1088 (c) del CCom 2015; Francia Art. 1226 del CC 2016.

<sup>191</sup> Argentina Art. 1084 del CCom 2015; Francia Art. 1224 del CC 2016.

<sup>192</sup> BENABENT (nota 42), p. 310, para. 90.

<sup>193</sup> Argentina Art. 1084 del CCom 2015. Asimismo, un incumplimiento también es fundamental cuando es intencional, el deudor anunció que no cumpliría con el contrato, o cuando se califica de tal manera por el contrato.

parado (a través de *tertium comparationis* y el análisis de la *better law*) pudimos resaltar las similitudes y diferencias más evidentes entre ambos modelos. También concluimos que, ante ciertas problemáticas, el derecho argentino ofrecía reglas más óptimas o eficaces para alcanzar la función deseada, mientras que el derecho francés conseguía mejores resultados en algunos otros ámbitos. En su conjunto, estos dos modelos contractuales ofrecen un abanico de soluciones complementarias entre sí. En otras palabras, las conclusiones obtenidas en cada uno de los párrafos de esta contribución, arrojan la mejor regla o solución para abordar la problemática en cuestión. De este modo, el lector puede identificar, lo que a nuestro juicio es, la disposición modelo más apropiada de uno u otro sistema en el contexto contractual moderno.

## Bibliografía

BANAKAS, EFSTATHIOS K. (1981), 'Some Thoughts on the Method of Comparative Law: The Concept of Law Revisited', *RSP: Archiv Für Rechts-Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 67 (3).

BÉNABENT, ALAIN (2017), *Droit des Obligations* (16 edn., Précis Domat Droit Privé; France: LGDJ).

CARAMELO, GUSTAVO (2015a), 'Art. 1013', in MARISA HERRERA AND GUSTAVO & SEBASTIÁN PICASSO CARAMELO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (III; Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

--- (2015b), 'Art. 991', in MARISA HERRERA AND GUSTAVO & SEBASTIÁN PICASSO CARAMELO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (III; Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

--- (2015c), 'Art. 1090', in MARISA HERRERA AND GUSTAVO & SEBASTIÁN PICASSO CARAMELO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (III; Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

--- (2015d), 'Art. 1091', in MARISA HERRERA AND GUSTAVO & SEBASTIÁN PICASSO CARAMELO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (III; Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

COLAIUTA, VIRGINIE (2017), 'Recent reform of the French Civil Code', *Construction Law International*, 12 (1).

COOTER, ROBERT and ULEN, THOMAS (2008), *Law & Economics* (5th edn.; Boston: Pearson).

CHÉNÉDÉ, FRANCOIS (2016), *Le Nouveau Droit des Obligations et des Contrats: Consolidations - Innovations - Perspective* (France: Dalloz).

DAM, KENNETH W. (2006), 'Legal Institutions, Legal Origins, and Governance', *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*.

DE-CONINCK, JULIE (2010), 'The Functional Method of Comparative Law: "Quo Vadis"?', *Rabels Zeitschrift Für Ausländische und internationale Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* (74: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG).

FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE (2014), 'The French Contract Law Reform in a European Context', *ELTE Law Journal*, (1).

FERNÁNDEZ, SILVIA E. (2015), '25', in RICARDO ROCCA, et al. (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (I: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

FREYTES, ALEJANDRO A. (2016), 'Caracterización del consentimiento contractual en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación', *Revista de Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Blas Pascal*, 3.

GARRO, M. ALEJANDRO AND ZUPPI, ALBERTO L (2015), 'El Nuevo Código Civil y Comercial y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional'.

GUZMAN BRITO, ALEJANDRO (2006), *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica* (Navarra: Thomson Aranzadi).

LOOKOFSKY, JOSEPH (2012), *Understanding the CISG* (Fourth Worldwide Edition edn., Law & Business: Wolters Kluwer).

MEKKI, MUSTAPHA (2018), 'France - The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing', *Journal of Civil Law Studies*, , 10 (1).

MÉNDEZ-SIERRA, EDUARDO C. and QUAGLIA, MARCELO C. (2017), 'El nuevo derecho de las obligaciones t de los contratos en Francia', *El Derecho*, (Nº 14.172).

MICHAELS, RALF (2006), 'The Functional Method of Comparative Law', in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (London: Oxford).

--- (2010), 'Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck', *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 74 (2).

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (2003), 'El método del Código Civil', *Cuadernos de Historia*, 13.

MUÑOZ, EDGARDO (2011), *Modern Law of Contracts and Sales in Latin-America, Spain and Portugal*, ed. INGEBORG SCHWENZER (International Commerce and Arbitration, 6; The Hague: Eleven International Publishing).

--- (2016), 'Understanding the CISG System of Remedies from the Latin American Domestic Laws', in INGEBORG SCHWENZER, CESEAR PEREIRA, AND LEANDRO TRIPODI (eds.), *CISG and Latin Amer-*

ica (The Hague: Eleven International Publishing).

MURILLO, MARÍA LUISA (2001), 'The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification', *Journal of Transnational Law & Policy*, 11 (1).

OSTENDORF, PATRICK (2014), *International Sales Terms* (München: Hart Publishing).

PELLET, SOPHIE (2017), 'Négotiations et avant-contrat', in Mathias Latina (ed.), *La Réforme du Droit des Contrats en pratique* (Paris: Dalloz).

PICASSO, SEBASTIÁN (2015), 'Art. 1737', in MARISA HERRERA and GUSTAVO & SEBASTIÁN PICASSO CAMELO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (IV)*; Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

RODA, JEAN-CHRISTOPHE (2017), 'Réflexions pratiques sur l'imprévision', in Mathias Latina (ed.), *La Réforme du Droit des Contrats en Pratique* (France: Dalloz).

ROWAN, SOLÈNE (2017), 'The new French law of contract', *International and Comparative Law Quarterly*, 66 (4).

SCHWENZER, INGEBORG, HACHEM, PASCAL, AND KEE, CHRISTOPHER (2011), *Global Sales and Contract Law* (London: OUP).

# La etapa de formación del contrato de compraventa de mercaderías: Similitudes y diferencias entre la CISG y el Derecho costarricense no uniforme

Mauricio París<sup>1 2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Formación del contrato de compraventa. 1. La oferta. A. Requisitos de la oferta. a. La intención del oferente b. Destinatario de la oferta. c. Precisión en la oferta. B. La determinación del precio. C. Recepción de la oferta. D. Ineficacia de la oferta por retiro, revocación o extinción. 2. Aceptación de la oferta. A. Formas de aceptación. B. Plazo para aceptar. a. Aceptación dentro de un plazo fijado. b. Plazo razonable para aceptar. c. Ofertas verbales. 3. Contraoferta. 4. La batalla de formularios. 5. Perfeccionamiento del contrato. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

## I. Introducción

Luego de casi cuatro décadas de haberse promulgado por la CNUDMI y seis años de trámite legislativo interno, la adhesión sin reservas por parte de la República de Costa Rica a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías mediante Ley número 9421<sup>3</sup>, es sin duda uno de los hitos más importantes del Derecho Comercial costarricense en las últimas décadas. Nunca es tarde si la dicha llega. Y es que la importancia de incorporar dicha Convención al ordenamiento jurídico costarricense se encontraba de sobra justificada en el hecho de que los principales socios comerciales del país son ya parte de dicho instrumento, y en el indiscutido éxito de este

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de ECJJA. Árbitro de derecho. Profesor de Contratación Comercial Internacional en el posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Email: mauricio@bonafide.cr  
<sup>2</sup> Abreviaturas: CISG o Convención: Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.  
<sup>3</sup> Ley publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 6 de marzo de 2017. Entró en vigor 12 meses después de su depósito, el 12 de julio de 2018.

instrumento internacional al contar con 91 Estados Parte<sup>4</sup> que representan aproximadamente el ochenta y cinco por ciento del tráfico mercantil internacional, incluyendo 9 de las 10 potencias industriales a nivel mundial.<sup>5</sup>

El liderazgo y respaldo de la CNUDMI resultó crucial en la adopción de la CISG, que armoniza diferentes tradiciones jurídicas (sistemas de *common law* vs. *civil law*), económicas (conflicto norte-sur), y políticos (conflicto este-oeste)<sup>6</sup>, logrando hacer coincidir –no sin dificultades– en principios generales que deben regir el contrato más común del comercio internacional, el de compraventa de mercaderías. De allí que se haya afirmado que la CISG es parte de una verdadera *lingua franca* en el contexto del comercio internacional.<sup>7</sup>

El impacto jurídico que tiene la incorporación de la CISG al derecho costarricense es tal, que si a la fecha el contrato de compraventa de mercaderías cuenta con cuatro regulaciones distintas: el Código Civil para compraventas entre particulares, el Código de Comercio si se trata de compraventas entre comerciantes, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor si se trata de una compraventa de consumo, y la Ley de Contratación Administrativa si se trata de compras públicas. A partir de la entrada en vigencia de la Convención existe una regulación quintuple, ya que el contrato de compraventa, cuando reúna los requisitos de internacionalidad necesarios, pasará a regirse por la Convención, aunque siempre será necesario echar mano de la legislación doméstica para regular algunos aspectos que intencionalmente no regula la Convención, por lo que la CISG no sustituye al derecho doméstico, sino que lo complementa.

En las siguientes páginas se realizará un análisis de las principales características y disposiciones de la CISG, procurando resaltar similitudes y diferencias existentes entre la legislación interna no uniforme costarricense y el instrumento internacional en estudio. Dichas comparaciones tienen como objetivo únicamente facilitar la comprensión de la Convención mediante su contraste con las normas internas, por lo que el lector debe tener presente que uno de los principios en los que se fundamenta la Convención es el de uniformidad que implica que nunca debe ser interpretada en términos de derecho doméstico, sino respetando su carácter de norma uniforme, autónoma e internacional.

El sistema de interpretación que establece la CISG propugna una aplicación carente de localismos, y obliga a los operadores jurídicos (jueces, árbitros, abogados, partes) a acudir a los principios que inspiraron su adopción, respetando su carácter internacional por encima de las interpretaciones que sobre el tema del que se trate, existan en su jurisdicción. Este cambio de mentalidad es precisamente el principal reto que tienen los paí-

<sup>4</sup> Según consulta al portal de la ONU [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=X-10&chapter=10&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=X-10&chapter=10&lang=en) (Última consulta: 28 mayo 2019).

<sup>5</sup> La ratificación de la Convención por parte de Brasil en marzo de 2013 reduce el número de países con economías influyentes que no forman parte de la Convención a India, Sudáfrica y el Reino Unido.

<sup>6</sup> M. PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, 1ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 626.

<sup>7</sup> P. SCHLECHTRIEM, "25 Years of the CISG: An International lingua franca for Drafting Uniform Laws, Legal Principles, Domestic Legislation and Transnational Contracts", en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*, 1ª Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2011, p. 10.

ses al incorporarse a la Convención y enfrentarse a que, a partir de ese momento, existe un régimen independiente y predominantemente internacional que regulará un tipo de contratación específica, en donde incluso la interpretación que sobre el texto legal aplicable han realizado tribunales de otras jurisdicciones –ordinarios o arbitrales–, resulta más relevante que lo que hayan dicho sobre el tema décadas de jurisprudencia doméstica.

## II. Formación del contrato de compraventa

La Parte II de la Convención (Arts. 14-24) se ocupa de regular lo concerniente a la formación del contrato de compraventa, con especial atención a aspectos tales como el momento en que un contrato puede considerarse perfeccionado, los requisitos para la validez de la oferta y la aceptación y la revocación y aceptación de la oferta.

Las normas contenidas en esta sección se inspiraron en buena medida en las contenidas en la LUF aprobada en la Convención de La Haya de 1964, que debieron negociarse en un texto separado en virtud de la dificultad con que toparon las delegaciones para llegar a acuerdos precisamente sobre el momento de perfección del contrato de compraventa.

El modelo de formación del contrato seguido por la Convención se fundamenta en la existencia de una oferta y una aceptación, aunque en algunos casos se ha aplicado a otros tipos de contratos concluidos por otros medios<sup>8</sup>, como sería por ejemplo aquellos que son negociados punto por punto, en donde no es posible identificar claramente la existencia de una oferta y su correspondiente aceptación.

La Parte II debe analizarse teniendo en cuenta que, conforme a la disposición de su artículo 4, la Convención no regula la validez del contrato ni ninguna de sus estipulaciones, aspectos que deben ser analizados desde la óptica del derecho doméstico. Por su parte, en cuanto a los requisitos formales, el artículo 11 consagra el principio de libertad de forma y prueba, que establece que el contrato no está sujeto a ningún requisito de forma, incluyendo que no será necesario que conste por escrito. Esta disposición se ve ampliada por el artículo 29 que permite que el contrato sea modificado por mero acuerdo de partes, sin guardar formalidades adicionales.<sup>9 10</sup>

En ese sentido, en cuanto a la libertad de forma del contrato, la disposición es coincidente con el artículo 411 del Código de Comercio de Costa Rica, en el tanto establece: "Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales,

<sup>8</sup> The CISG does not rule out the possibility that contracts may be concluded if the mutual consensus is reached by other means (...) A contract may thus be validly concluded, provided that the conduct by the parties sufficiently demonstrates a consensus and thus the intention to enter into a binding contract and that the content of their agreement is similar to contracts concluded under Article 14 et seq. CISG. Caso CLOUT N° 134 [Oberlandesgericht München, Alemania, 1995] Ver texto completo en PACE.

<sup>9</sup> El artículo 12, con relación a la reserva prevista en el artículo 96, desaplica estas disposiciones para los Estados Contratantes que se adhieran a ella en virtud de que su legislación interna prevea formalidades especiales para la formación, modificación o extensión del contrato. A la fecha, la reserva del artículo 96 ha sido aplicada por Argentina, Bielorrusia, Chile, China, Hungría, Latvia, Lituania, Paraguay, Rusia y Ucrania.

<sup>10</sup> Esta disposición coincide con lo preceptuado por el artículo 411 del Código de Comercio de Costa Rica, en tanto dispone que: Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia. A lo que cabe añadir que la compraventa no es parte de los contratos sujetos a formalidades especiales, como sucede, por ejemplo, con la donación, que debe realizarse siempre en escritura pública.

cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con las leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia." Sobre el carácter escrito o no del contrato, de los artículos 412 y 413 del mismo Código se desprende que deberán ser escritos los contratos únicamente cuando lo prevea expresamente la ley.

## 1. La oferta

El artículo 14 (1) de la Convención ofrece una definición clara de lo que debe entenderse por oferta de cara a las disposiciones de tal instrumento: "La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos." En ese mismo sentido, la doctrina ha definido la oferta en el marco de la Convención como "aquella declaración de voluntad recepticia, que siendo suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta."<sup>11</sup>

La importancia de la oferta en la formación del contrato de compraventa es indiscutida desde que consiste en la base misma sobre la que se fundamenta dicho contrato, siendo que su aceptación producirá el nacimiento del contrato. Esta importancia se acrecienta en países que siguen el sistema francés conocido como *nudo consensu*, como sucede en Costa Rica, en donde el momento de perfección del contrato y de transmisión de la propiedad acontecen simultáneamente cuando las partes acuerdan cosa y precio, sin que se necesite transmisión efectiva del objeto, tal y como se preceptúa en los artículos 480 y 1049 del Código Civil.<sup>12</sup>

### A) Requisitos de la oferta

El artículo 14 de la Convención establece bajo qué condiciones una propuesta para contratar podrá ser considerada una oferta: un elemento volitivo o teleológico consistente en la intención del oferente de obligarse en caso de aceptación de la oferta, un elemento subjetivo consistente en que la oferta esté destinada a una o varias personas determinadas<sup>13</sup>, y un elemento objetivo, en tanto la oferta debe ser suficientemente precisa.

<sup>11</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 269.

<sup>12</sup> Artículo 480.- *La propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición.*

<sup>13</sup> La doctrina suele denominar elemento subjetivo más bien a la intención de contratar. Cf. M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 271.

## a) La intención del oferente

La importancia de la intención con la que el oferente realiza la oferta radica de las consecuencias derivadas de la aceptación, toda vez que una vez aceptada dicha oferta, el contrato se habrá formado. De allí que una oferta no realizada con intención de obligarse, como sería la oferta sujeta a aprobación o confirmación, no sería una propuesta apta para la formación del contrato hasta tanto no cuente con tal aprobación. La intención debe ser tal que implique una autorización para el destinatario a concluir el contrato mediante su aceptación sin necesidad de mayor participación del oferente.<sup>14</sup>

Como resulta lógico, la oferta debe ser externalizada por el oferente, ya sea de forma expresa o incluso implícita<sup>15</sup>, no siendo necesario que se realice de forma escrita, ni que expresamente se identifique o denomine oferta.<sup>16</sup>

El método de interpretación de la conducta del oferente lo ofrece el artículo 8 de la Convención, que en primer lugar (artículo 8 (1)) nos conduce a determinar la intención con la que actuó el presunto oferente, pero dado que esto podría dificultarse por cuanto la verdadera intención permanece en el fuero interno de la persona, el segundo paso (artículo 8 (2)) ofrece un parámetro de interpretación más objetivo, en tanto encausa el análisis al sentido que le habría dado a tal acto una persona razonable del mismo tipo que la otra parte (sea el destinatario de la oferta), teniendo en consideración todas las circunstancias pertinentes del caso incluyendo las negociaciones, prácticas, usos y comportamientos ulteriores (artículo 8 (3)).<sup>17</sup>

## b) Destinatario de la oferta

El artículo 14 (2) indica que la propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que el oferente indique claramente lo contrario. Esta disposición ha generado un interesante debate doctrinal sobre en qué supuestos estamos en presencia de una oferta dirigida a persona determinada, cuando ante una oferta pública y cuando frente a una oferta *ad incertam personam*.<sup>18</sup>

El motivo por el que los legisladores uniformes incluyeron esta disposición en la Convención fue el tratamiento que debía dársele a las ofertas públicas, entendidas estas fuera del ámbito del derecho del consumidor, materia que se encuentra excluida de las disposiciones de la Convención en virtud del artículo 2 (a). Esta preocupación se justifica fundamentalmente por la eventual imposibilidad del oferente de obligarse ante una aceptación

<sup>14</sup> M. WEY, "Der Vertragsabschluss beim Internationalen Warenkauf nach UNCITRAL un schweizerischen Recht", en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 222.

<sup>15</sup> Así fue resuelto en el Caso CLOUT N° 215 [*Bezirksgericht St. Gallen*, Suiza, 1997].

<sup>16</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 271.

<sup>17</sup> Como sucedió en el CLOUT N° 215, en donde el tribunal otorgó gran importancia al comportamiento ulterior del oferente. Otros casos relevantes: CLOUT N°: 330 [*Handelsgericht des Kantons St. Gallen*, Suiza, 1995]; 131 [*Landgericht München*, Alemania, 1995]; 217 [*Handelsgericht des Kantons Aargau*, Suiza, 1997].

<sup>18</sup> Al respecto: M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), pp. 286-298; FERRARI, en S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), pp. 219-221.

masiva que supere sus capacidades materiales de cumplir con todas las obligaciones. Por estas razones es que la Convención considera tales ofrecimientos como *invitatio ad offerendum* (invitación a hacer ofertas), y no como ofertas propiamente dichas, toda vez que se entiende que no existe intención del oferente de quedar obligado por ellas.

Tendrán el carácter de invitaciones a realizar ofertas supuestos tales como listas de precios, circulares, anuncios publicitarios en periódicos, radio, televisión, ofertas realizadas por internet, y correo electrónico.<sup>19</sup> Sin embargo, el mismo artículo 14 (2) establece que un ofrecimiento realizado a persona no determinada puede convertirse en una oferta si así es indicado claramente por el oferente. Algunos ejemplos de este último supuesto serían aquellos ofrecimientos públicos anunciados bajo fórmulas tales como “hasta agotar existencias”, o aquellas que establecen un límite temporal para su aceptación o la entrega de las mercaderías a un precio determinado hasta una fecha específica.

El Código de Comercio de Costa Rica contiene una disposición similar a la del artículo 14 (2) de la Convención. El artículo 445<sup>20</sup> establece que la policitación pública hecha en forma de circulares, avisos u otros medios no obliga al comerciante que la realiza con una determinada persona, sino solamente con quien primero la acepte. La solución prevista por el legislador costarricense no invalida la efectividad de la oferta pública, ni la considera una *invitatio ad offerendum*, pero limita los efectos de dicha oferta a quien primero la acepte, partiendo del supuesto implícito de que la oferta, al ser dirigida a un colectivo, no garantiza la disponibilidad de las mercaderías a todos sus destinatarios.

### c) Precisión en la oferta

Además de los requisitos ya analizados relativos a la intención de obligarse por la oferta y el de ser formulada a persona o personas determinadas, el artículo 14 (1) exige un tercer requisito que ha de ser observado: que la oferta sea suficientemente precisa al indicar las mercancías, su cantidad y precio, ya sea expresamente o priviendo un medio para determinarlos posteriormente, es decir, que han de ser determinados o determinables. Estos requisitos fijados por la Convención implican que la oferta debe incluir los denominados *essentialia negotii*.<sup>21</sup>

La consecuencia de una propuesta que no cumpla este requisito es que no será considerada una oferta y por ende la aceptación que realice el destinatario no será apta de concluir el contrato. Por el contrario, la aceptación de una oferta que contenga estos elementos mínimos implica perfección del contrato, aunque otros aspectos –que a efectos de la Convención son considerados no esenciales- no estén aún definidos, salvo

<sup>19</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 199.

<sup>20</sup> Artículo 445. *La policitación pública que en forma de circulares, avisos o por otro medio hagan los comerciantes, no los obligan con determinada persona, y solamente con quien primero la acepte.*

<sup>21</sup> Therefore, the content of the proposal must be sufficiently definite. This is the case where a proposal indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price. The condition is fulfilled where the *essentialia negotii* are expressly fixed in the offer; however, the second sentence of Article 14(1) CISG also allows for an “implicit determination”, i.e., [giving] criteria which allow for an interpretation that results in a definite price, definite goods or (and) their quantity (Schlechtriem in v. Caemmerer/Schlechtriem Kommentar Artículo 14 no. 4). Caso CLOUT N° 106 [Oberster Gerichtshof, Austria, 1994].

desde luego que sea voluntad de las partes someter la conclusión del contrato a que algún otro elemento sea cumplido, lo que convertiría tal elemento en un aspecto esencial para el contrato por disposición de las partes<sup>22</sup>. Revestirían carácter de elementos no esenciales del negocio, por ejemplo, la determinación del lugar de entrega y de pago, el plazo de entrega, los documentos que deben acompañar las mercaderías, el medio de transporte, entre otros.

El artículo 442 del Código de Comercio de Costa Rica establece en cuanto a la contratación entre presentes: “Cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono, el contrato de compraventa que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio, y demás circunstancias de la negociación.” En consecuencia, de cara a la legislación interna no uniforme en Costa Rica, es indispensable la determinación de las mercaderías y del precio de estas, o del método para fijarlo, como se verá más adelante. Pero la norma establece también que el perfeccionamiento depende de la convención de las demás circunstancias de la negociación. Es una fórmula abierta e imprecisa que no permite concluir cuáles son esas demás circunstancias de la negociación que pueden ser requeridas para el perfeccionamiento del contrato. ¿El lugar de entrega? ¿El plazo? ¿El medio de transporte? Es un tema sobre el que ni la doctrina ni la jurisprudencia costarricense se han referido.

Volviendo a la Convención, pese a que el artículo 14 (1) no lo indica expresamente, la descripción de las mercaderías también puede ser especificada en la oferta tácitamente, siempre que se mencionen los elementos que permitan identificarlas.<sup>23</sup> Tampoco es necesario que la descripción de las mercaderías sea exhaustiva, ya que el artículo 65 establece un mecanismo para suplir la omisión de especificaciones relacionadas con la forma, dimensiones u otras características omitidas.

Sobre la especie y calidad de las mercaderías, el artículo 421 del Código de Comercio de Costa Rica prevé el supuesto en donde las partes no la hubieren fijado, al disponer “Si en el contrato no se determinare con toda precisión la especie y calidad de mercaderías que han de entregarse, el acreedor no podrá exigir la mejor, ni el deudor podrá cumplir entregando la peor. En este caso deberá conformarse el acreedor con la de especie y calidad media. Si no hubiere entendimiento, la cuestión será resuelta por la autoridad judicial competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.” La solución parte de un concepto de calidad media de las mercaderías<sup>24</sup>, y a falta de acuerdo, será necesaria la fijación de éstas por parte de una autoridad judicial.<sup>25</sup>

En cuanto a la cantidad de las mercancías, su enunciación expresa, tácita o encomen-

<sup>22</sup> En ese sentido: P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 197.

<sup>23</sup> F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 225.

<sup>24</sup> Fórmula que recogen también los Principios de UNIDROIT versión 2016, en su artículo 5.1.6.

<sup>25</sup> Es en todo caso una solución un poco más precisa que la que encontramos en el Código Civil, que se limita a indicar en su artículo 1050: “La venta de cosas indeterminadas de cierta especie, no transmite la propiedad de la cosa, sino cuando ésta se determine.”

dada a un determinado medio para su determinación constituye de igual forma un requisito esencial de la oferta bajo las reglas de la Convención. La jurisprudencia ha admitido incluso fórmulas poco precisas de determinación de la cantidad, como por ejemplo 700 a 800 toneladas de gas propano, en virtud de que “La mera determinación aproximada de la cantidad era habitual en la industria del gas natural”<sup>26</sup>, con lo que el tribunal recuerda que también en esta materia las partes quedan obligadas por los usos convenidos entre ellas, tal y como lo preceptúa el artículo 9 de la Convención. También en otro caso, un tribunal aplicó la norma de interpretación del artículo 8 de la Convención, al aceptar como válida la fórmula tres camiones cargados de huevos, toda vez que según el tribunal debió ser interpretada por una persona razonable en el sentido de que los camiones debían estar completamente llenos.<sup>27</sup>

Será igualmente posible que las partes no fijen una cantidad en la oferta y que pongan dicha fijación para una etapa posterior, aunque resultará indispensable que en la oferta describan el método que utilizarán para realizar la determinación de dicha cantidad, a fin de que se convierta en determinable.<sup>28</sup>

Por último, al igual que la cantidad, aplicando las reglas de la Convención el precio también debe indicarse explícita o implícitamente en la oferta, o al menos el medio para su posterior cálculo. La remisión a otros documentos que contengan el precio (como por ejemplo una lista oficial de precios) o a parámetros para fijarlo (el precio de cotización del producto en el mercado en determinada fecha), son métodos adecuados de fijación del precio. Un tribunal avaló como válida una fijación de precio que establecía que pieles de chinchilla se pagarían a un precio comprendido entre 35 y 65 marcos para las pieles de calidad media y superior, entendiéndose que se la descripción fijaba el precio de las pieles dependiendo de su calidad, por lo que la fijación total sería una simple operación aritmética.<sup>29</sup>

En términos generales, una propuesta que no contenga precio o forma de calcularlo no constituirá una oferta, sin embargo, bajo determinados supuestos el artículo 55 de la Convención podrá suplir dicha falta. Dado lo interesante de tal disposición y su incidencia en la aplicación práctica, se analiza este tema de seguido con mayor detenimiento.

## B) La determinación del precio

Nos encontramos ante uno de los aspectos que ha despertado mayor interés práctico en la Convención, que ejemplifica muy bien las divergentes concepciones jurídicas que lograron finalmente conciliarse aunque quizá con algún grado de sacrificio en cuanto a la claridad de las normas adoptadas.

<sup>26</sup> Caso CLOUT N° 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 1996]. En similar sentido, referido a un pedido de veinte camiones cargados de concentrado de tomate enviado: Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 4 de julio de 1997 (PACE).

<sup>27</sup> Landgericht Oldenburg, Alemania, 28 de febrero de 1996 (PACE).

<sup>28</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 305.

<sup>29</sup> Caso CLOUT N° 106 [Oberster Gerichtshof Austria, 1994].

El conflicto normativo (que como se verá es solo aparente) nace de la lectura de los artículos 14 y 55 de la Convención<sup>30</sup>. El artículo 14 establece que la fijación del precio o de los medios para fijarlo<sup>31</sup> es un requisito esencial para que una propuesta se configure como oferta. La solución que ofrece dicho artículo es clara: propuesta sin precio o método para determinarlo no es oferta, sino mera invitación para hacer ofertas.

Esta preponderancia del precio en la formación del contrato es absolutamente comprensible para un jurista de formación civilista, ya que en la mayoría de nuestras codificaciones, el precio es un elemento esencial para la formación del contrato. Ya lo establecía el artículo 1583 del Código Civil Francés de 1804 (Código Napoleón), que al respecto indicaba: “*Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on es convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encoré été livrée ni le prix payé.*” Normas muy similares se encuentran recogidas en la legislación costarricense. El Código Civil dispone en el artículo 1049 (ya citado) que el contrato de compraventa es perfecto desde que las partes convengan en cosa y precio<sup>32</sup>, disposición que se ve ampliada en el artículo 1053 que indica: “Si la promesa de vender una cosa mediante un precio determinado o determinable ha sido aceptada, da derecho a las partes para exigir que la venta se lleve a efecto.”

Sin embargo, en los sistemas jurídicos del *common law*, el precio no resulta un elemento esencial de la negociación, permitiéndose la existencia de los denominados *open price contracts*, o contratos con precio abierto, favoreciéndose de esta forma la voluntad de las partes de concluir una contratación aún en esas circunstancias de indeterminación. Esta visión es compartida por los Principios de UNIDROIT, que también contempla la posibilidad de contratos con precio abierto.<sup>33</sup>

Esta divergencia conceptual entre ambos sistemas jurídicos provocó intensos debates durante la elaboración de la Convención, que provocaron que los términos del artículo 14 de resultaran insatisfactorios para las delegaciones anglosajonas. Ante la incapacidad de que cada uno de los bandos renunciara a su posición, se encontró una fórmula de compromiso permitiendo la coexistencia de dicha disposición con la del artículo 55, que indica: “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio ge-

<sup>30</sup> En un caso el tribunal llegó a afirmar: [Buyer] refers to the widely acknowledged controversy between Arts. 14 and 55 CISG, stating that scholarly writings suggest many different points of view. Kantonsgericht Freiburg, Suiza. Sentencia 11 de octubre de 2004 (PACE).

<sup>31</sup> De hecho, la mayoría de los casos en los que se ha discutido la aplicación del artículo 55 de la Convención han sido rechazados porque los tribunales han considerado que las partes sí habían señalado el precio o previsto un medio para determinarlo, en los términos del artículo 14 de la Convención. Al respecto Cf. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1ª Ed., Vienna, UNCITRAL, 2016, p. 64.

<sup>32</sup> Norma muy similar al artículo 442 del Código de Comercio previamente citado en esta obra.

<sup>33</sup> Principios de UNIDROIT (2016) Artículo 5.1.7: *Determinación del precio*: (1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable. (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes o de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable. (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

neralmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.”

A primera vista la contradicción resulta evidente, toda vez que pasamos de la rigidez del artículo 14 en donde la ausencia del precio implicaba la inexistencia de la oferta a una disposición que, implícitamente acepta que el contrato pueda celebrarse sin que el precio haya sido fijado. Sin embargo, de un análisis detallado se desprende que las disposiciones realmente no se contradicen, sino que están diseñadas para regular supuestos diferentes.

La primera precisión que conviene realizar es que, cuando el artículo 55 de la Convención habla de un contrato válidamente celebrado, dicha validez se debe entender con relación a las disposiciones de la misma Convención. Esta precisión es importante por cuanto de conformidad con el artículo 4 (a) de la Convención, la validez del contrato no es materia regida por la Convención, por lo que de una lectura contraria al principio de uniformidad que rige la Convención, erróneamente podría considerarse que la validez a la que se refiere el artículo 55 se debe analizar de acuerdo a la legislación interna no uniforme aplicable al contrato. Esta tesis, además de atentar contra el principio de uniformidad antes mencionado, dejaría sin sentido las disposiciones del artículo 14 de la Convención, favoreciendo el recurso al derecho doméstico, al que únicamente se deberá acudir en caso de Estados Contratantes que hayan realizado la reserva a la Parte II de la Convención.<sup>34</sup>

La solución al tema parte de entender que el artículo 55 de la Convención se aplicará en los siguientes supuestos:

- a) Aquellos contratos que regidos por la Convención que no hayan sido perfeccionados mediante el sistema de oferta y aceptación.
- b) También se aplicará en aquellos supuestos en que el artículo 14 no sea de aplicación en virtud de tratarse de un Estado Contratante que suscribió la reserva del artículo 92 de la Convención en cuanto a la no aplicación en territorio de dicho Estado de la Parte II de la Convención.
- c) Por último, el artículo 55 se aplicará también aquellos contratos que, aún habiéndose celebrado de acuerdo a las reglas de la oferta y la aceptación, las partes hayan excluido –tal y como se los permite el artículo 6– la aplicación del artículo 14 de la Convención. Esta exclusión puede hacerse expresa o tácitamente. Un ejemplo de una exclusión tácita será una propuesta de compra que intencionalmente se formule sin precio, y que aún así sea aceptada por el destinatario mediante el envío de las mercaderías. En este supuesto, el contrato se reputará válido ya que se entiende que tácitamente las partes acordaron la exclusión de las disposiciones del artículo 14, lo cual

se desprende de la actuación del destinatario de la oferta de ejecutar el contrato pese a no estar determinado el precio<sup>35</sup>, motivo por el cual las partes habrán de acudir a las disposiciones del artículo 55 para fijar el precio.<sup>36</sup> En el mismo ejemplo, si el contrato no se hubiese ejecutado con el envío de las mercancías, no habría desaplicación tácita del artículo 14 y por ende no habría oferta ni tampoco contrato.

En el caso del derecho interno no uniforme de Costa Rica, el supuesto de los contratos con precio abierto se regula en el artículo 446 del Código de Comercio, que establece:

“Cuando en la compraventa se haga referencia al precio de plaza, bolsa, mercado nacional o extranjero, quedará este determinado conforme al que prive en esos lugares o establecimientos el día del contrato. Si el contrato tiene por objeto cosas vendidas habitualmente por el vendedor y las partes no hubieren convenido el precio o el modo de determinarlo, se presumirá que han quedado conformes con el exigido normalmente por el vendedor, a no ser que se trate de cosas que tengan un precio de mercado o bolsa, caso en el cual se determinará por el que tuvieren en dichos establecimientos del lugar el día en que se celebró el contrato.”

Esta disposición contiene dos escenarios: que se trate de bienes que usualmente venda el vendedor, en cuyo caso se entenderá que el precio de la compraventa deberá ser el que normalmente cobre el vendedor por tales bienes, o una segunda opción sería que se trate de bienes que usualmente se vendan en el mercado o bolsa, en cuyo caso el precio de la compraventa será el ofrecido por esos bienes en tales establecimientos. El artículo habla del mercado como establecimiento, lo que evidencia el contexto social en el que se dictó la legislación<sup>37</sup>, pero entendemos que el precio de mercado no debe constreñirse a bienes comercializados necesariamente en un establecimiento, sino que dicho concepto debe interpretarse en sentido amplio.

A diferencia de la Convención, el Código de Comercio establece que, de previo a acudir al precio de mercado o bolsa, el precio normalmente exigido por el vendedor será el que se aplique a las mercaderías adquiridas, lo cual constituye una fórmula muy riesgosa para el comprador, que podría desconocer dichos precios.

Así las cosas, los contratos de compraventa mercantiles con precio abierto son válidos en Costa Rica, siempre que se trate de bienes usualmente vendidos por el vendedor o susceptibles de ser valorados según un precio de mercado o de bolsa. Caso contrario “Si no se está

<sup>35</sup> En un caso similar se dispuso: *The parties' written agreement did not regulate all essential points of the transaction: The applicable price rates, for instance, had only been confirmed in a telephone conversation between the parties. However, considering the correspondence in its entirety, it must be concluded that each of the mutual proposals has been made with the clear intent to bind oneself to the given statement.* Caso CLOUT N° 217 [Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 1997].

<sup>36</sup> En este mismo sentido coinciden: FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 231, M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 254, y P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 196. En la jurisprudencia: Casos CLOUT N°: 215 [Bezirksgericht St. Gallen, Suiza 1997]; 151 [Cour d'appel, Grenoble, Francia, 1995]. Casos que aplican una tesis distinta: Caso CLOUT N° 343 [Landgericht Darmstadt, Alemania, 2000]; 139 [Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Rusia, 1995].

<sup>37</sup> El Código de Comercio fue promulgado en 1964.

dentro de esa presunción y no se ha determinado el precio, ni existen elementos objetivos para hacerlo, el contrato será nulo por la inexistencia de uno de sus requisitos esenciales<sup>38</sup>.

### C) Recepción de la oferta

El artículo 15 (1) de la Convención establece que la oferta surte efecto cuando llega al destinatario, sin embargo no define allí mismo cuándo se debe interpretar que ocurre tal llegada, para lo cual deberá acudirse al artículo 24 que define que la oferta llega al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, en su establecimiento, dirección postal o residencia habitual. De esta disposición se extrae en conclusión que el mero envío de la oferta no es suficiente, sino que debe ser recibida por el destinatario. Aún más, la doctrina ha considerado que la aceptación de la oferta está condicionada al hecho de que el destinatario efectivamente la reciba, siendo del criterio de que no será válida la aceptación que realice de una oferta que no ha recibido por el canal de comunicación utilizado por el oferente, aunque haya tenido conocimiento de ella por otros medios.<sup>39</sup> Entendemos sin embargo que, si esos otros medios por los que tiene conocimiento el destinatario son igualmente legítimos, sí habría aceptación. Es decir, en el caso de que se envíe una oferta por correo y, de previo a que se reciba, su destinatario la recibe verbalmente o por correo electrónico, la aceptación que haga a esa oferta es válida aunque el correo no lo llegue a recibir.

Pese a que el artículo 24 no lo indique expresamente, se ha de presumir que el envío de la oferta ha de realizarse con el consentimiento del oferente, por lo cual una oferta enviada sin tal requisito, aunque llegue al destinatario, no producirá efecto si es aceptada por carecer de tal consentimiento. Desde luego que la carga de la prueba de demostrar que la oferta se envió sin consentimiento correrá a cargo del oferente.<sup>40</sup> En todo caso, consideramos que la existencia de un consentimiento en el envío o no de la oferta es un asunto excluido del ámbito de aplicación de la Convención, toda vez que incide en la validez de la oferta y por ende caería dentro de la esfera de aplicación del artículo 4 (1) de la Convención, por lo que se deberá analizar según las leyes internas no uniformes aplicables al contrato.

### D) Ineficacia de la oferta por retiro, revocación o extinción

El artículo 15 (2) permite que el oferente retire su oferta siempre que la noticia de tal decisión llegue (en los términos del artículo 24) antes o simultáneamente con la oferta, es decir, el derecho de revocación caduca con la perfección del contrato. Se trata de una disposición con un limitado alcance ya que únicamente podrá emplearse cuando se utilice un medio de comunicación no instantáneo, como la carta o el telegrama. Cuando

<sup>38</sup> H. PARIS RODRIGUEZ, *Los contratos privados en la jurisprudencia de casación*, 3ª. Ed., Costa Rica, Editorial El Cano, 2003, p. 14.

<sup>39</sup> Al respecto: M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), pp. 375-376, con ocasión del Comentario de la Secretaría de UNCITRAL al artículo 13 del Proyecto de Convención de 1978.

<sup>40</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), pp. 203-204.

el medio de comunicación elegido para transmitir la oferta sea instantáneo, como una conversación telefónica, el envío de un correo electrónico o un mensaje de *WhatsApp*, el retiro de la oferta se vuelve imposible ya que no podrá comunicarse al destinatario de previo a la llegada de la oferta, ni simultáneamente. Siempre habrá una diferencia temporal insalvable entre un acto y el otro.

Cuando el artículo 15 (2) de la Convención indica que la oferta podrá retirarse aunque sea irrevocable, lo que busca en realidad es evitar discusiones innecesarias derivadas de que la oferta se hubiese formulado como irrevocable, esto por cuanto el carácter irrevocable o no de la oferta comienza a tener relevancia a partir del momento en que la oferta es perfecta, y el retiro de ésta impide que llegue a perfeccionarse, por lo que en realidad “la retirada se mueve siempre en un plano anterior a la adquisición de su fuerza vinculable.”<sup>41</sup>

El artículo 16 de la Convención regula la revocación de la oferta, que se diferencia del retiro en que la revocación acontece cuando la oferta ha sido efectiva, es decir ha sido recibida por el destinatario, sin embargo tal revocación ha de producirse en el lapso de tiempo que transcurra entre la recepción de la oferta y el envío de la aceptación por parte del destinatario, aunque aún en el supuesto de que tal aceptación nunca llegue al oferente, su derecho de revocar la oferta se entiende finalizado con el mero envío de la aceptación. El que la aceptación llegue o no al oferente es un asunto que incide en la perfección del contrato, pero que no altera la preclusión del derecho de revocar del oferente, de allí que se haya afirmado acertadamente que a partir del envío de su aceptación, el destinatario de la oferta mantiene el control absoluto y unilateral sobre el contrato, ya que el oferente pierde la posibilidad de revocarlo pero él mantiene la posibilidad de retirar su aceptación en los términos del artículo 22 de la Convención.<sup>42</sup>

La regla de revocación acá descrita es muy similar a la contenida en el artículo 1010 del Código Civil de Costa Rica que al efecto dispone: “El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte; pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada...”. El legislador costarricense únicamente estableció que la revocación debía darse antes de que el destinatario la acepte, mientras que la Convención es más precisa al indicar, como parámetro de medición de tal aceptación, el que el destinatario no la haya enviado. Consideramos que la redacción del texto uniforme resulta más adecuada ya que evita la discusión que podría suscitarse si el destinatario indica que había aceptado la oferta pero aún no había enviado la comunicación de tal aceptación, hecho que puede resultar relevante cuando entre la recepción de la oferta y de la posterior revocación transcurre un lapso de tiempo muy corto que pueda justificar que el destinatario no hubiera despachado aún una aceptación pese a ser esa su intención.

<sup>41</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 378.

<sup>42</sup> *Idem*, Pág. 415.

Pese a que expresamente no se establece en la Convención, la revocación puede ser total o parcial<sup>43</sup>, y de allí que resulta indispensable que sea formulada en términos tales que una persona razonable pueda comprender sus alcances, o incluso distinguir entre una revocación y una mera aclaración a los términos de la oferta. En todo caso, la carga de la prueba sobre la revocación pesa sobre quien la formuló.<sup>44</sup>

Según el artículo 16 (2) (a), el oferente puede renunciar a su derecho de revocar la oferta si la formula como irrevocable, ya sea indicándolo expresamente así (por escrito o no), o empleando fórmulas equivalentes tales como oferta firme, oferta definitiva, oferta válida hasta agotar existencias u oferta válida hasta determinada fecha. Sobre esta última opción, si la oferta se limita a indicar que será válida hasta determinada fecha, se presume que el oferente se compromete a mantener su oferta hasta ese momento. A esa misma conclusión se llega al analizar el artículo 443 (a) del Código de Comercio de Costa Rica, que con respecto a la denominada compraventa negociada por correspondencia, establece que: “si el proponente fija un término de espera, estará obligado a mantener su oferta hasta ese día.”

Algunos autores<sup>45</sup> consideran que el plazo de aceptación no es el mismo que el de irrevocabilidad, y que el hecho de que se indique un plazo de aceptación no implica una renuncia del oferente a su derecho de revocarla. Coincidimos no obstante con otro sector de la doctrina<sup>46</sup> que considera que si el oferente desea reservarse el derecho de revocar la oferta aún cuando esta indique un plazo de aceptación, podrá hacerlo siempre que lo haga de forma clara, pero si lo hace, de conformidad con el artículo 8 de la Convención, una persona razonable interpretaría que su intención es obligarse durante el plazo por el que formuló la oferta.

También, la oferta puede ser irrevocable aunque de su texto no se extraiga ni expresa ni implícitamente dicha condición, ya que el artículo 16 (2) (a) indique que cuando el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado con base en ella, no podrá revocarse, lo cual es un claro derivado del principio de vinculatoriedad de los actos propios. Estos supuestos pueden surgir de negociaciones preliminares o prácticas existentes entre las partes, y quizá la forma más ilustrativa de exponerlo es con el siguiente ejemplo tomado de HONNOLD<sup>47</sup>: un constructor que solicita una oferta por unos ladrillos a un proveedor, a quien le explica que la necesita porque va a participar de un concurso para adjudicarse la construcción de un edificio, agregando que él (constructor) debe presentar su propuesta el 01 de junio y que la decisión sobre la adjudicación del contrato será el 15 de junio. El proveedor envía su oferta el 07 de mayo sin ninguna indicación de que fuera irrevocable, y notifica al constructor el 10 de junio que procede

43 F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 247.

44 P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 209.

45 En ese sentido: M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 437, y F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 251.

46 Cf. J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 2ª Ed., Boston, Kluwer Law International, 1991, p. 209.

47 Cf. J. HONNOLD (nota 46), p. 210.

a revocarla. El 15 de junio el constructor se adjudica el proyecto de construcción y posteriormente acepta la oferta del proveedor.

En este caso se cumplen los dos requisitos del artículo antes indicado, el primero de ellos se cumple ya que, aún cuando de la formulación de la oferta no se desprende de ninguna forma que la oferta era irrevocable, lo cierto es que el constructor podía razonablemente considerar que sí lo era, toda vez que informó al proveedor de sus necesidades y éste formuló la oferta en concordancia. Y el segundo requisito se cumple cuando el proveedor utiliza esa oferta para participar del concurso, es decir actúa basándose en esa oferta<sup>48</sup>. Sin duda, en estos supuestos, el sistema de interpretación de la conducta de las partes bajo el tamiz del criterio de una persona razonable en las mismas circunstancias, consagrado en el artículo 8 de la Convención, es una herramienta adecuada para valorar el supuesto.

Por último, la oferta se extinguirá cuando sea rechazada por su destinatario, lo que permitirá que el oferente queda en libertad de negociar con cualquier otro interesado. El artículo 17 de la Convención establece dos matices importantes sobre este punto: primero, que dicha extinción operará en el momento en que dicho rechazo llegue al oferente, y segundo, que la extinción operará aún cuando la oferta se haya formulado de manera irrevocable. Sobre este último punto la aclaración resulta relevante para algunos países con sistemas de *common law*, que consideran que el rechazo de una oferta emitida por un plazo determinado no la extingue, ya que el oferente está obligado a mantenerla hasta dicho plazo, aun habiendo sido rechazada.<sup>49</sup>

El rechazo a la oferta puede ser expreso, cuando se realice de forma pura y simple, o tácito, cuando por ejemplo no se obtenga respuesta en el plazo concedido para aceptar (siempre que no se trate de un silencio que signifique aceptación según el artículo 18 de la Convención), o cuando se realiza una contraoferta en los términos del artículo 19 de la Convención, aunque como bien ha sido señalado, en los casos de contraoferta, a diferencia del rechazo puro y simple, no se pretende romper las negociaciones sino continuarlas, aunque bajo otros términos.<sup>50</sup> También conviene diferenciar la contraoferta de las simples consultas, aclaraciones o sugerencias de forma que se puedan realizar a una oferta, toda vez que éstas en forma alguna pueden equiparse al rechazo.<sup>51</sup>

Si el destinatario de la oferta cambia de idea luego de haber enviado un rechazo a la oferta, podrá retirarlo siempre que la comunicación de tal retiro llegue al oferente antes que la del rechazo, o como máximo, de forma simultánea. En criterio de algunos auto-

48 Otros ejemplos son cuando el destinatario de la oferta, creyendo en su irrevocabilidad, inicia la producción, adquiere mercaderías o contrata nuevo personal. F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), Op. cit. Pág. 254.

49 M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 461.

50 Idem, Pág. 462.

51 FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 259.

res<sup>52</sup>, esta comunicación retirando el rechazo de la oferta deberá constituir una aceptación, aunque consideramos que no necesariamente debe ser así, ya que si la oferta estaba abierta a un plazo de aceptación aún vigente, no hay motivo por el cual el destinatario deba renunciar al plazo que le reste para decir si acepta la oferta o no.

## 2. Aceptación de la oferta

Conceptualizada como aquella declaración de voluntad del destinatario de una oferta por la que muestra conforme con la reglamentación de intereses establecidos en ella<sup>53</sup>, la aceptación de la oferta o contraoferta cumple un rol preponderante para el contrato, ya que de conformidad con el artículo 23 de la Convención es el acto mediante el cual éste se perfecciona.

La aceptación deberá respetar los términos esenciales de la oferta, ya que si contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones no será aceptación, sino contraoferta en los términos del artículo 19 (1) de la Convención. No obstante, la aceptación no tiene que ser idéntica a la oferta, ya que como se indicó, lo importante es que respete sus términos esenciales, por lo que si la respuesta contiene elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los términos de la oferta, valdrá como aceptación, y así lo estipula el artículo 19 (2) de la Convención.

El artículo 444 del Código de Comercio establece, con respecto a la compraventa negociada por correspondencia, que “El contrato quedará perfecto desde el momento en que dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente reciba comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente.” Al igual que sucede en la Convención, en el derecho interno no uniforme costarricense, la aceptación tiene la característica de perfeccionar el contrato, en el tanto cumpla sea pura y simple.

Al igual que la oferta, la aceptación también puede retirarse, siempre que su retiro llegue al oferente antes que la aceptación, o simultáneamente con ésta, según lo preceptuado por el artículo 22 de la Convención. Pero a diferencia de la oferta, la aceptación no puede revocarse.

Conforme al artículo 18 (2), la aceptación, para desplegar su efecto de perfección del contrato, debe llegar al oferente. Sin embargo, el inciso 3 prevé una excepción a esta situación, cuando en virtud de las prácticas establecidas por las partes o de los usos, el destinatario está facultado a indicar su asentimiento con la oferta mediante actos de ejecución, aún sin comunicarlo al oferente. Siendo que en este supuesto la aceptación no debe llegar al oferente, se perfecciona en cuanto ocurre, por ende el aceptante pierde la oportunidad del artículo 22 de la Convención de retirar la aceptación. El artículo en men-

<sup>52</sup> *Ibidem*. El autor menciona entre otros a: Herber / Czerwenka, *Kommentar* (1991), Honnold, *Uniform Law*, 1999, Schnyder / Straub, *Honsell, Kommentar*, 1997, Neumayer / Ming, *Convention de Vienne*, 1993.

<sup>53</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 480.

ción da como ejemplo de cómo puede operar este tipo de aceptación cuando se ejecuta un acto como la expedición de las mercaderías o el pago del precio. Sin embargo, en criterio de algunos autores, esta modalidad de aceptación sin comunicación al oferente no tiene por qué limitarse necesariamente a actos o conductas<sup>54</sup>.

## A) Formas de aceptación

La Convención prevé que la aceptación puede ocurrir mediante una declaración expresa o también mediante determinados actos, o incluso por silencio o inacción.

Cuando la aceptación es expresa, ya sea oral o escrita, no tiene que cumplir con ninguna formalidad especial para ser eficaz. Sin embargo, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el oferente como dueño de la oferta, podrá prescribir que se observen determinadas formalidades que, en caso de no ser cumplidas por el destinatario impedirán que el contrato se perfeccione. Podría el oferente por ejemplo limitar la aceptación a que deba realizarse por escrito<sup>55</sup>, que deba plasmarse en algún documento en específico (por ejemplo mediante la firma de la propia oferta) o remitirse por un determinado canal de comunicación. Estas limitaciones a la forma en que deba efectuarse la aceptación también pueden provenir de los usos que hayan convenido y que, conforme el artículo 9 de la Convención, los obligan.<sup>56</sup>

La aceptación también podrá ocurrir mediante la ejecución de determinados actos. La Convención no ofrece un elenco de actos que deban considerarse sinónimo de aceptación, por lo cual es necesario echar mano de los parámetros de interpretación de los incisos (1) y (2) del artículo 8, asimismo, las negociaciones y prácticas existentes entre las partes serán relevantes para emprender tal análisis. Dentro de la variada casuística internacional, los siguientes son algunos ejemplos<sup>57</sup> de aceptaciones tácitas avaladas por la jurisprudencia: el envío de las mercaderías por parte del vendedor<sup>58</sup>, el pago del precio por parte del comprador<sup>59</sup>, la recepción de las mercaderías por parte del comprador<sup>60</sup>, comenzar la producción de las mercaderías solicitadas<sup>61</sup>, emisión de una carta de crédito<sup>62</sup> un apretón de manos por parte de las partes<sup>63</sup>, emisión de una transferencia bancaria para un pago inicial<sup>64</sup> o cambiar un cheque enviado como medio de pago<sup>65</sup>.

El silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación. Esta disposición se encuentra en el artículo 18 (1) de la Convención, y abre al mismo tiempo la posibilidad

<sup>54</sup> *Idem*, Pág. 272.

<sup>55</sup> Sobre este particular, algún autor considera que si se estipula que la aceptación deba darse por escrito, este concepto podría ampliarse por analogía a otros medios como el telegrama, el télex, el fax o el correo electrónico, en aplicación del Artículo 13 de la Convención. P. SCHLEGHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 220.

<sup>56</sup> F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 265.

<sup>57</sup> Otros ejemplos pueden consultarse en: UNCITRAL (nota 31), p. 99.

<sup>58</sup> Caso CLOUT N° 1029 [Cour d'appel de Rennes, Francia, 2008]; *Landgericht Bamberg*, Alemania, sentencia del 13 de abril de 2005 (PACE).

<sup>59</sup> Corte Mercantil de la Región de Donetsk, Ucrania, sentencia del 13 de abril de 2007 (PACE); *Tribunal de grande instance Strasbourg*, Francia, sentencia de 22 de diciembre de 2006 (PACE).

<sup>60</sup> Caso CLOUT N° 292 [Oberlandesgericht Saarbrücken, Alemania, 1993].

<sup>61</sup> Caso CLOUT N° 417 [District Court, Northern District of Illinois, Estados Unidos, 1999].

<sup>62</sup> Arbitraje CCI N° 8908, diciembre 1998. Disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=401>

<sup>63</sup> *Oberlandesgericht Innsbruck*, Austria, sentencia de 18 diciembre 2007 (PACE).

<sup>64</sup> Caso CLOUT N° 1033 [Audiencia Provincial de Murcia, España, 2010]; *Handelsgericht St. Gallen*, Suiza, sentencia de 29 abril 2004 (PACE).

<sup>65</sup> *Landgericht Kassel*, Alemania, sentencia de 15 febrero 1996 (PACE).

de que, si concurren otros elementos, tal silencio o inacción sí sean aptos de constituir aceptación. Sin embargo, la Convención no enumera cuáles son esos elementos que inclinarían la balanza en una u otra forma, por lo que es necesario nuevamente realizar una interpretación uniforme de su articulado.

En la jurisprudencia uniforme, los tribunales han considerado que el principal elemento para analizar si el silencio o la inacción implican aceptación es la existencia de usos o prácticas vinculantes para las partes en los términos que preceptúa el artículo 9 de la Convención. Así, un tribunal<sup>66</sup> precisó que un vendedor de zapatos quedaba obligado por la práctica seguida en años anteriores en donde había cumplido pedidos de un comprador aún sin haber expresado su aceptación. En estos casos, la existencia de una relación previa entre las partes fue crucial para interpretar su conducta (o falta de ella), lo cual permite concluir que, difícilmente en un caso en donde las partes negocien por primera vez podrá concederse al silencio o la inacción facultades de aceptación. En apoyo a esa tesis, un tribunal danés falló en un caso que la inexistencia de negocios previos entre dos partes impedía interpretar el silencio de una ellas como aceptación tácita de una oferta.<sup>67</sup>

Existen casos en donde el silencio será interpretado como aceptación o rechazo por así disponerlo la misma Convención. La profesora PERALES VISCASILLAS<sup>68</sup> señala al menos dos ejemplos en donde la Convención lo prevé: El artículo 19 (2), que establece que el silencio de un oferente ante variaciones no sustanciales introducidas por el destinatario constituirá aceptación de tales modificaciones. Por otro lado, el artículo 21 prevé dos circunstancias en donde el silencio será interpretado de distinta manera, en una de ellas será considerado aceptación si el oferente no alega la caducidad de una aceptación enviada en tiempo pero recibida tardíamente, y en la otra será considerado rechazo cuando el oferente reciba tardíamente una aceptación enviada tardíamente también.

En otros casos, aún cuando en tesis de principio el oferente no puede imponer al destinatario una obligación de contestar la oferta<sup>69</sup>, el silencio podrá ser interpretado como aceptación en virtud de otros factores que permitan concluir que esa era, o debía ser la intención del destinatario. Por ejemplo, en una ocasión<sup>70</sup> se determinó que, en virtud de las tratativas celebradas entre las partes para la concreción del negocio, el destinatario estaba obligado a responder a la oferta formulando sus objeciones oportunamente, y que la omisión en hacerlo implicaba aceptación de la misma.

## B) Plazo para aceptar

El artículo 18 (2) de la Convención contiene el principio ya mencionado de que la aceptación debe llegar al oferente, ya sea que se produzca expresa o tácitamente. En este

último caso, la aceptación tácita deberá producirse de forma tal que sea apta para ser percibida por el oferente. Si no cumple con dicho requisito, por ejemplo cuando se envía una oferta junto con las mercaderías y éstas son consumidas por el destinatario sin dar respuesta al oferente, el contrato únicamente podrá entenderse perfeccionado en los términos del artículo 18 (3), expuestos líneas atrás.<sup>71</sup>

Con relación al plazo en que dicha aceptación debe llegar al oferente, el artículo 18 (2) establece tres supuestos:

### a) Aceptación dentro de un plazo fijado

Cuando el oferente, como dueño de la oferta, fija un plazo de llegada a la aceptación, ésta deberá llegar dentro de dicho plazo. La libertad del oferente para fijar el plazo es indiscutible, por lo que resulta irrelevante que en criterio del destinatario el plazo concedido resulte insuficiente o incluso irracional<sup>72</sup>. La fijación de dicho plazo podrá hacerse con referencia a determinada fecha (dentro de los próximos 10 días, antes del 31 de mayo, dentro del presente mes, en las próximas dos semanas, etc.), con relación a fechas que sean determinables (antes de la Semana Santa del próximo año), o incluso con relación a fechas que en ese momento resulten inciertas (a partir del momento en que el contrato de construcción resulte adjudicado al constructor).

En los casos en que el periodo sea fijado por el oferente, el artículo 20 de la Convención ofrecerá los criterios para determinar cuándo comenzará a correr dicho plazo y cómo debe calcularse. Este artículo será de aplicación únicamente en defecto de un acuerdo de las partes sobre la materia que establezca otras reglas, o en ausencia de usos o costumbres que los obliguen. Los parámetros fijados en el inciso 1 del artículo 20 serán aplicables únicamente cuando el oferente no haya fijado una fecha determinada para realizar la aceptación, ya que si así lo hiciera carecerían de utilidad.

El momento a partir del cual el plazo de aceptación comienza a correr dependerá del medio de comunicación utilizado por el oferente para fijar tal plazo, y establece que si se realizó mediante telegrama o carta, comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta, o si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. La doctrina uniforme ha considerado que, en un caso extremo en donde ni la carta ni el sobre indican fecha o resulta ilegible, deberá emplearse la fecha en que la carta llegó al destinatario, y si más bien ocurre que en el sobre consta más de una fecha, deberá emplearse la más antigua.<sup>73</sup> Establece también el artículo en mención que si el plazo de aceptación fue fijado por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea (correo electrónico, fax, videoconferencia, etc.), el

<sup>66</sup> Caso CLOUT N° 313 [Cour d'appel Grenoble, Francia, 1999].

<sup>67</sup> Caso CLOUT N° 309 [Østre Landsret, Dinamarca, 1998].

<sup>68</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 518-519.

<sup>69</sup> J. HONNOLD (nota 46), p. 160.

<sup>70</sup> Caso CLOUT N° 23 [Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 1992].

<sup>71</sup> Sobre el particular Cf. P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 225.

<sup>72</sup> F. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 274. Aunque el oferente podría estar obligado a brindar un plazo de aceptación respetando determinados parámetros si así se desprende de los usos, prácticas o incluso disposiciones contractuales (por ejemplo de un contrato marco) que las partes hubieren convenido.

<sup>73</sup> Idem, Págs. 298-299.

plazo comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

El inciso 2 del artículo 20 establece la regla de que los días feriados oficiales o no laborables no se excluyen del cómputo del plazo de aceptación, sea éste fijado por el oferente o no. Esta regla se justifica en tanto los días feriados y no laborables varían no sólo de país a país sino incluso de ciudad a ciudad, por lo que en un contexto internacional se estaría obligando a una parte a contar con información que no tiene por qué conocer. Aún así, el mismo artículo establece como excepción que si la comunicación de aceptación no puede ser entregada al oferente el día del vencimiento del plazo por ser un feriado oficial o no laborable, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Esta excepción se fundamenta en el hecho de que el destinatario de la oferta no tiene por qué conocer los días feriados o no laborables que existen en la jurisdicción del oferente. La Convención no define qué debe entenderse por día no laborable, pero la doctrina coincide en que por éste deberá entenderse aquél que no se labora por disposición oficial, y no por ejemplo aquél en que el establecimiento permanece cerrado por cualquier otro motivo. Tanto para la fijación de los días no laborables como de feriados, deberá echarse mano de las normas domésticas aplicables a la jurisdicción del establecimiento del oferente, o del lugar a donde la aceptación debía llegar, que en el caso de Costa Rica sería el artículo 148 del Código de Trabajo<sup>74</sup> para feriados generales, y cualquier otra norma conexa por la cual se establezca asueto para determinada provincia o sector.

Por último, nada impide al oferente ampliar el plazo de aceptación cuanto como desee hacerlo, ya sea expresamente comunicándolo así al destinatario, o implícitamente aceptando como válida una aceptación tardía en los términos del artículo 21 (2) de la Convención, aunque en este último caso, como ha sido certeramente precisado<sup>75</sup>, más que una prórroga se está en presencia de una convalidación de una aceptación tardía.

### b) Plazo razonable para aceptar

Dado que ninguna oferta es eterna, si el oferente no hizo uso de su potestad para fijar el plazo, la Convención establece normas que permiten establecer un plazo para la aceptación. El parámetro para la fijación de estas normas está fundamentado en un principio de razonabilidad, que será utilizado en lo sucesivo con bastante frecuencia en otras disposiciones de la Convención<sup>76</sup>. El legislador uniforme se inclinó por un plazo que pudiera ser determinado de acuerdo a las circunstancias de cada negociación, y no por un plazo determinado a rajatabla que podría no adaptarse a dichas circunstancias.

En el caso de Costa Rica, el Código de Comercio establece en su artículo 443 (2) que si el oferente no fija fecha para la aceptación, deberá mantenerla cinco días, si se trata de

<sup>74</sup> Se considerarán días feriados y, por lo tanto, de pago obligatorio los siguientes: el 1 de enero, el 11 de abril, el Jueves y Viernes Santos, el 1 de mayo, el 25 de julio, el 15 de agosto, el 15 de septiembre, y el 25 de diciembre. Los días 2 de agosto y 12 de octubre también se considerarán días feriados pero su pago no será obligatorio.

<sup>75</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 571.

<sup>76</sup> El concepto de "plazo razonable" se utiliza además en los artículos 33, 39, 43, 46, 48, 49, 64, 65, 73, 75 y 79 CISG.

la misma plaza; si se trata de otra plaza dentro del territorio nacional, diez días; y si es en el exterior, un mes, estableciendo además que dicho término se contará desde el día en que el oferente deposite la oferta en la oficina de correos. El legislador se decantó por un criterio estrictamente territorial para determinar los plazos que consideraba adecuados, sin ofrecer margen de interpretación.

La norma retrata muy bien la época en que fue dictada (1964), en donde el correo era la forma más habitual de comunicarse, sin embargo en la actualidad es un medio cada día menos utilizado en beneficio de medios electrónicos. Pero además, la norma no toma en consideración las circunstancias que rodean y condicionan cada negocio. Un plazo de un mes para aceptar una oferta de compra de fanegas de café puede resultar suficiente, sin embargo quizá sea absolutamente insuficiente para aceptar una oferta de compra de equipos médicos para un hospital. Asimismo, al comenzar a contar el plazo desde el envío de la comunicación y con mayor razón cuando la oferta se envía por correo tradicional, en una compraventa internacional, el plazo de un mes podrá resultar suficientemente holgado para un destinatario ubicado en Centroamérica que recibirá la oferta mucho más rápido que uno ubicado en el centro de China, para el cual dicho plazo podría resultar imposible o sumamente ajustado. Además, en ciertos productos con precios de mercado muy volátiles, el deber del oferente de mantener su oferta durante un mes puede resultar muy gravoso, o con productos perecederos puede implicar la descomposición de las mercaderías.

Tomando en consideración que circunstancias como las expuestas son comunes en el tráfico mercantil, la Convención optó por un sistema de fijación del plazo de aceptación mucho más flexible, que permite que tal plazo se analice de acuerdo a las circunstancias de la transacción, tomando en consideración tres criterios<sup>77</sup>: 1) el tiempo que la oferta tardó en llegar al destinatario, 2) el tiempo que la aceptación tardó en llegar al oferente, y; 3) el plazo necesario para que el destinatario considerara la oferta. Los dos primeros criterios se vinculan a la rapidez de los medios de comunicación que menciona el artículo 18 (2), y en cuanto al periodo de consideración de la oferta, este dependerá de las circunstancias propias de la transacción y de elementos tales como la necesidad de realizar negociaciones con terceros, el proceso de toma de decisiones del destinatario, la necesidad de conseguir financiación, las fluctuaciones de precio, la vida útil o el carácter de temporada de las mercancías, o incluso la existencia de usos o prácticas vinculantes entre las partes<sup>78</sup>.

### c) Ofertas verbales

Si una oferta verbal establece un plazo para su aceptación, esta deberá ocurrir dentro de tal plazo. Si el plazo no está establecido el artículo 18 (2) establece que las ofertas

<sup>77</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), pp. 226-227.

<sup>78</sup> Idem.

verbales tendrán que aceptarse de forma inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. Dichas circunstancias pueden ser acuerdos a los que las partes hayan llegado, usos o prácticas.

Bajo el concepto de oferta verbal deben incluirse aquellas que sean formuladas estando ambas partes presentes o por otros medios de comunicación que permitan la comunicación de viva voz<sup>79</sup>, como el teléfono, radio o videoconferencia<sup>80</sup>.

### 3. Contraoferta

En las sesiones que dieron origen a la Convención, el tema de la contraoferta amplió el conflicto entre tradiciones jurídicas a un conflicto entre tesis tradicionalistas y reformistas<sup>81</sup>, las primeras conformadas por quienes defendían a ultranza la concordancia de los términos de la oferta con los de la aceptación -regla que en el *common law* se denomina *mirror image* o regla del espejo, en tanto exige que los términos de la oferta se reflejen idénticamente en la aceptación -, y aquellos que abogaban por flexibilizar tal principio en aras de permitir que modificaciones no sustanciales no impidan el perfeccionamiento del contrato. Así, el artículo 19 de la Convención contiene la fórmula de compromiso que procuró satisfacer las posiciones de ambos grupos. Mientras el párrafo primero reproduce la *mirror image rule*, el segundo la flexibiliza, pero el tercero restringe considerablemente dicha flexibilización.

Según la regla del espejo contenida en el inciso primero del artículo 19, si la respuesta a la oferta contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, por más que la intención del destinatario de la oferta hubiera sido aceptarla, constituirá rechazo de la oferta y a su vez una contraoferta. Esta disposición fue aceptada sin mayores discusiones ya que es una regla contenida en la mayoría de los ordenamientos, incluyendo el Código de Comercio de Costa Rica, cuyo artículo 444 con relación a la compraventa negociada por correspondencia establece: "Si la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador."

Como se observa, si bien el legislador costarricense previó únicamente modificaciones o condiciones, la Convención se refiere a de adiciones, limitaciones y otras modificaciones. La diferencia semántica de estos términos no es de gran significado, y

<sup>79</sup> Este concepto es el que utiliza el artículo 442 del Código de Comercio de Costa Rica, norma muy similar a la de comentario y que dice: Cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono, el contrato de compraventa que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio, y demás circunstancias de la negociación".

<sup>80</sup> El profesor SCHLECHTRIEM considera sin embargo que las comunicaciones vía internet no pueden ser consideradas orales aún cuando permitan un diálogo directo. Pese a que no justifica tal tajante rechazo, puede asumirse que quizá en 1998, cuando se elaboró la primera edición de la obra, no era frecuente el uso de la videoconferencia, sin embargo en la actualidad no solo es posible sino que es muy frecuente que las partes reunidas en diversas partes del mundo puedan mantener una videoconferencia compartiendo audio y video en tiempo real. De hecho, con el auge de la telefonía IP, gran parte del tráfico telefónico se está canalizando por medio de internet, con lo que la restricción propuesta por dicho sería aún más carente de sentido. Cf. P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 228.

<sup>81</sup> Denominación acuñada por el profesor Farnsworth. Las tesis tradicionalistas eran defendidas principalmente Argentina, Australia, Bélgica, Bulgaria, Brasil, Israel, Checoslovaquia, España, Grecia, Italia, Irlanda, Reino Unido, y la República Federal Alemana, mientras que los reformistas eran Chile, China, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Ghana, Japón y la República Democrática Alemana. Cf. M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 626.

terminan refiriéndose al mismo fenómeno: elementos que varíen la oferta, ya sea modificándola o limitándola.

En cuanto al efecto que ambas normas atribuyen a la respuesta a la oferta realizada en tales términos, la Convención expresamente indica que constituirá un rechazo y a la vez una contraoferta, mientras que la codificación costarricense, si bien no lo dice con tal claridad, produce el mismo efecto, ya que si bien dice que la oferta original queda en suspenso hasta que el oferente acepte las modificaciones del posible comprador, en la práctica lo que sucede es que esas modificaciones del posible comprador no son otra cosa más que una contraoferta, por lo que lo que estará aceptando el oferente al aceptar tales modificaciones será una contraoferta. Se trata en realidad de dos caminos que conducen a un mismo destino.

El inciso 2 del artículo 19 de la Convención realiza una diferenciación que resulta de suma relevancia, ya que es la herramienta para diferenciar cuando estamos en presencia de una respuesta que, pese a contener elementos adicionales o diferentes será considerada una aceptación, y cuando esta misma respuesta será una contraoferta. Esta diferenciación dependerá de si las modificaciones realizadas son sustanciales o no. En todo caso, si bien esta herramienta coadyuva a solventar la disyuntiva no hace menos compleja la tarea, toda vez que la Convención no ofrece un catálogo que permita diferenciar entre unas y otras, por lo que la respuesta dependerá de las circunstancias de cada caso.

Si bien el inciso 3 del artículo en comentario ofrece un elenco de materias que se considera alteran sustancialmente la oferta (precio, pago, calidad y cantidad de mercaderías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de una parte respecto a otra o solución de controversias), lo cierto es que aún cuando las modificaciones versen sobre tales materias se deberá analizar caso por caso si tales modificaciones son realmente sustanciales, ya que el listado que ofrece dicho inciso tiene un carácter meramente presuntivo<sup>82</sup> sobre su sustancialidad, tal y como se desprende de la formulación con que inicia su enunciado al decir se considerarán, por lo que dependiendo de las circunstancias, una modificación sobre estos temas podría ser considerada no sustancial si las partes así lo consideran, o a la luz de los usos a los que están sometidas<sup>83</sup>. Adicionalmente, este listado tampoco es exhaustivo, toda vez que la norma claramente indica que se considerarán estos elementos en particular, por lo que se trata de un listado *numerus apertus*.

En cuanto a las modificaciones no sustanciales, ante una oferta que guarde silencio sobre algún punto, si el aceptante le realiza adiciones que únicamente reflejan disposiciones de la ley aplicable al contrato (se trate de la propia Convención o de disposiciones de derecho interno no uniforme), o que se derivan de prácticas o usos consolidados entre las

<sup>82</sup> Idem, Pág. 660.

<sup>83</sup> Caso CLOUT N° 189 [Oberster Gerichtshof, Austria, 1997]. En un sentido similar Caso N° 362 [Oberlandesgericht, Namburg, Alemania, 1999].

partes, o que se desprenden de los términos de la misma oferta, dichas modificaciones serán perfectamente válidas y no constituirán ni rechazo ni contraoferta.<sup>84</sup>

Asimismo, diferencias de terminología o de formato tampoco deberían afectar la perfección del contrato, salvo que el oferente hubiera condicionado la aceptación de la oferta a una forma específica que esté siendo modificada por el destinatario. También conviene diferenciar entre respuestas a la oferta que modifican su contenido y otras situaciones en donde se trata de auténticas aceptaciones que alteran la oferta solo de modo aparente, como sucedería por ejemplo con una aceptación que se acompaña de quejas o anhelos del aceptante, al indicar por ejemplo que acepta pese a que esperaba un mejor trato del oferente, o que en el futuro espera obtener mejores condiciones. De igual modo, si la aceptación lo que hace es añadir recomendaciones, consultas o sugerencias, como por ejemplo que acepta y desearía que el pago en efectivo sea con billetes de baja denominación, o que de ser posible se incluya una cláusula de solución de controversias o que las mercaderías se envíen tan pronto sea posible. En estos escenarios las consultas, dudas, reclamos o comentarios realizados por el aceptante en nada vician su voluntad inequívoca de aceptar la oferta, por lo que no impiden que el contrato se entienda perfeccionado.<sup>85</sup>

La respuesta a la oferta que contenga modificaciones no sustanciales perfeccionará automáticamente el contrato, y tales modificaciones se integrarán al contrato si el oferente no los objeta sin demora injustificada, según lo prescribe el inciso 2 del artículo 19 de la Convención<sup>86</sup>. Si el oferente objeta tales variaciones el contrato no se perfecciona. Tal objeción podrá revestir la forma de una nueva oferta, si el oferente simplemente insiste en mantener los términos de su oferta inicial, o de rechazo a una contraoferta, si en criterio del oferente las modificaciones introducidas implican una modificación sustancial a los términos de su oferta.

En cuanto al momento en que debe realizarse la objeción por parte del oferente, la Convención indica que deberá hacerlo sin demora injustificada, concepto que deberá ser analizado caso por caso en el contexto de las circunstancias respectivas, en especial aquellas que puedan justificar una demora del oferente en emitir tal objeción. En términos generales, compartimos el criterio<sup>87</sup> de que dicha comunicación debería acontecer en los días inmediatamente siguientes a la llegada de la aceptación con modificaciones, salvo causas justificadas.

#### 4. La batalla de formularios

Este tema ha sido ampliamente analizado por la doctrina internacional y continúa siendo controvertido. La expresión anglosajona *battle of forms* o batalla de formularios, denomina la práctica no infrecuente en el comercio internacional, en donde las partes se

intercambian sus condiciones generales de contratación tradicionalmente contenidas en formularios impresos. Tales condiciones pueden diferir total o parcialmente de la oferta o la aceptación de la misma.

Es frecuente que cada parte intente imponer sus condiciones generales de contratación, sin negociar los términos de la contratación y procurando someter a la contraria al clausulado estándar que previamente ha elaborado, o que incluso es sugerido por el gremio comercial al que pertenece y que está diseñado para regular un número indeterminado de contratos similares. En muchas ocasiones tales formularios contienen incluso cláusulas defensivas<sup>88</sup>, denominadas comúnmente *blocking clauses* que indican que el uso de las cláusulas generales de una parte es parte esencial de su consentimiento, y rechazando cualquier validez de las cláusulas generales de la contraparte.

Ante esta situación surgirán dos preguntas principales: 1) si se ha perfeccionado el contrato y, de haberse perfeccionado, 2) cuáles términos deberán aplicarse<sup>89</sup>. En lo único en que coinciden todos los autores es en que la Convención no contiene normas específicas sobre la batalla de formularios.

Una parte de la doctrina<sup>90</sup> considera que al no existir en la Convención normas expresas que resuelvan este conflicto, se debe manejar como una laguna interna, que deberá ser resuelta mediante la aplicación de los principios generales en los que se fundamenta la Convención -artículo 7 (2)- y que por ende, en aplicación del principio de la buena fe, las cláusulas contenidas en formularios que resulten discordantes se invalidan, perfeccionándose el contrato en los puntos en que los formularios no sean discordantes, y quedando aquellos puntos que sí lo sean sujetos a la normativa que resulte aplicable, los usos o la buena fe. Esta solución es conocida como *knock-out rule* en los Estados Unidos, en donde se contiene en el artículo 2-207(3) del UCC<sup>91</sup>, y también es la solución que sugiere el artículo 2.1.22<sup>92</sup> de los Principios de UNIDROIT (2016)<sup>93</sup> y el artículo 2.209 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Un ejemplo de cláusula defensiva o *blocking clause*: *the validity of this contract is dependent on consent to our general terms*. P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 241.

<sup>89</sup> M. PERALES VISCASILLAS, "Battle of the Forms, Modification of Contract, Commercial Letters of Confirmation: Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) with the Principles of European Contract Law (PECL)", en *Pace International Law Review*, 2002, p. 157.

<sup>90</sup> Entre otros Cf. P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), pp. 243-244.

<sup>91</sup> "U.C.C. Sect. 2-207 Additional Terms in Acceptance or Confirmation (1) A definite and reasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms. (2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless: (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; (b) they materially alter it; or (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received. (3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act."

<sup>92</sup> "Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios): Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato."

<sup>93</sup> La *knock-out rule* se ha aplicado en los siguientes casos disponibles en PACE: *Cour de Cassation*, Francia, sentencia 16 julio 1998; *Amtgerich Kehl*, Alemania, sentencia 6 octubre 1995.

<sup>94</sup> "Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales. (1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial. (2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes: (a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o (b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato. (3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes."

<sup>84</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 234-235.

<sup>85</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 646.

<sup>86</sup> Así ha sido resuelto en varios casos: CLOUT N° 189 [Oberster Gerichtshof, Austria, 1997], CCI, Laudo 8611 (PACE).

<sup>87</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), p. 640.

Por su parte, otro sector de la doctrina, que es mayoritario<sup>95</sup>, defiende la denominada *last-shot rule*, *theory of the last word* o de la última palabra, que considera que la solución a la batalla de formularios reside en aplicar el artículo 19 de la Convención, determinando si los términos generales del destinatario de la oferta difieren sustancialmente de los términos de la oferta, si no es así y el oferente no objeta las modificaciones, el contrato se entiende perfeccionado y sus términos son los de la oferta con aquellas modificaciones introducidas por el destinatario, por lo que se entiende que la última persona que envía su propio formulario controla los términos de la contratación y por ende gana la batalla<sup>96</sup>. Por el contrario, si los términos del contrato sí alteran sustancialmente la oferta, estaremos en presencia de una contraoferta y el contrato no se perfecciona salvo que el oferente acepte expresamente la contraoferta o efectúe actos de ejecución que demuestren su aceptación tácita a tal contraoferta.<sup>97</sup>

Otras soluciones doctrinarias con menos impacto han sugerido que cuando este conflicto se presente, en ningún caso el contrato se deberá entender perfeccionado<sup>98</sup>, o que el asunto debe regirse por el derecho interno. Sin embargo, la discusión se centra entre los defensores de las tesis del *last-shot rule* y la *knock-out rule*.

En Costa Rica, el artículo 444 del Código de Comercio, con respecto a la compraventa entre ausentes, y no específicamente con respecto a condiciones generales, establece: “i la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador.” La norma no hace ninguna distinción en cuanto a la envergadura de las modificaciones o condiciones, pero resultaría irracional admitir su aplicación en caso de modificaciones no sustanciales. La norma costarricense parece inclinarse por un sistema más cercano al del *knock-out-rule* en tanto impide la perfección del contrato hasta que el oferente no acepte los cambios introducidos, y si llega a aceptar los el contrato se perfeccionaría con las últimas modificaciones incluidas.

## 5. Perfeccionamiento del contrato

En cuanto al momento de perfección del contrato, la Convención sigue la denominada teoría de la recepción, según la cual el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe la aceptación, tal y como se deriva de las disposiciones contenidas en los artículos 23 con relación al 18 (2) de la Convención<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Entre otros Cf. FERRARI, en: S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 289; M. PERALES VISCASILLAS, “Battle of the Forms” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles”, *Pace International Law Review* N° 10, 1998. M. PERALES VISCASILLAS (nota 89).

<sup>96</sup> M. PERALES VISCASILLAS (nota 89), p. 157.

<sup>97</sup> La teoría del *last-shot rule* se ha aplicado en los siguientes casos CLOUT: N° 232 [Oberlandesgericht München, Alemania, 1998]; N° 824, [Oberlandesgericht Köln, Alemania, 2006]; y en PACE: Bundesgerichtshof, Alemania, sentencia 9 enero 2002; Oberster Gerichtshof, Austria, sentencia de 13 septiembre 2001; Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, sentencia 25 julio 2003.

<sup>98</sup> Caso CLOUT N° 203 [Cour d’appel, Francia, 1995].

<sup>99</sup> Debe recordarse que, según el artículo 18(3) de las CISG en caso de aceptación mediante la ejecución de un acto, no es necesario que tal noticia llegue al oferente, al menos en los términos en los que el artículo 24 CISG entiende el concepto de llegada.

Esta teoría es coincidente con la expresada por el artículo 444 del Código de Comercio de Costa Rica, en cuanto establece que en la compraventa negociada por correspondencia el contrato se perfeccionará desde el momento en que el proponente reciba la aceptación. El Código Civil por su parte contiene la teoría de la declaración, ya que el artículo 1009 indica que el contrato se perfecciona desde que la estipulación se acepta, y el 1012 dice que la oferta se tendrá por no aceptada si el destinatario de la oferta no responde dentro de determinado plazo, por lo que la importancia reside en el momento en que el destinatario emite la aceptación, y no cuando el oferente recibe respuesta.

En otros ordenamientos la regla que se impone es la denominada *mail-box rule* o regla del correo, que interpreta que el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante envía la aceptación, independientemente del momento en que el oferente la reciba.

De hecho, una fórmula del *mail-box rule* la encontramos artículo 443 del Código de Comercio establece que, en la compraventa que se negoció por correspondencia, el proponente debe mantener su oferta por el plazo que la haya formulado, si no lo fijó, por cinco días si se trata de la misma plaza, diez días si se trata de otra plaza dentro del país, y un mes si es fuera de Costa Rica, y dispone: “Estos términos se contarán desde el día que el proponente deposite la oferta en las oficinas de correos”.

Pese a las disposiciones referidas sobre la formación del contrato, éste podrá concluirse en otro momento, ya que en realidad lo que la Convención establece en su artículo 23 es un modelo no unívoco de perfección del contrato fundamentado en la dinámica oferta – aceptación, y como indicamos al inicio de este capítulo, existirán casos en donde los contratos se hayan perfeccionado mediante un modelo de negociación diverso, como sería por ejemplo uno donde las partes van negociando y acordando cláusula por cláusula. La Convención no prohíbe que los contratos se perfeccionen de cualquier forma, siempre que sea evidente el consenso de las partes y su intención de obligarse en los términos de tal contratación.<sup>100</sup>

La Convención no contiene disposiciones expresas sobre el lugar donde se entiende perfeccionado el contrato y existe discusión en la doctrina sobre si se trata de una laguna interna<sup>101</sup> o externa<sup>102</sup> que deba resolverse de acuerdo al derecho doméstico. Este tema puede tener relevancia en aquellos casos en donde las reglas de conflicto del DIPr hagan referencia al lugar de conclusión del contrato. Consideramos que si las partes no regulan este punto expresamente en el contrato, lo propio será analizar si de la conducta de las partes existe algún elemento que permita concluir, en los términos del artículo 8 (1) de la Convención, si existió una intención manifiesta de las partes de vincular la conclusión del contrato a determinada jurisdicción, y si no es posible llegar a tal conclusión, se deberá

<sup>100</sup> Caso CLOUT N° 134 [Oberlandesgericht München, Alemania, 1995]. Véase nota al pie N° 132 *Ut. Supra*.

<sup>101</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 265.

<sup>102</sup> S. KRÖLL / L. MISTELIS / M. PERALES VISCASILLAS (nota 7), pp. 321-322; M. PERALES VISCASILLAS (nota 6), párr. 159.

echar mano del derecho doméstico, sin embargo, en términos generales, y siendo congruentes con la teoría de la recepción expuesta supra, resultaría válido tomar como lugar de perfeccionamiento del contrato el lugar en donde la aceptación de la oferta encuentra al oferente.<sup>103</sup>

### III. Conclusión

La incorporación de la CISG al ordenamiento jurídico costarricense es una bien merecida actualización de las normas del bloque de Derecho Privado, tan dejadas de lado por el legislador costarricense. Se suma a otras normas aprobadas en los últimos años en esta materia: como el Convenio de la Apostilla, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y el Convenio sobre notificaciones en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

No obstante lo anterior, la aplicación en Costa Rica de la CISG no se cumple con el mero depósito del instrumento internacional. Muy al contrario, el trabajo apenas comenzará en ese momento, ya que es fundamental su difusión y análisis concienzudo entre los operadores del derecho, en especial entre aquellos encargados de su aplicación en casos concretos.

Es en ese sentido que la interpretación uniforme de la Convención y la integración de sus lagunas internas y externas es sin duda piedra fundamental en la correcta aplicación del instrumento. Sin una sensibilización de los operadores jurídicos sobre el carácter internacional de la Convención y sobre la impertinencia de interpretaciones criollas, la CISG podrá generar más sombras que luces, de allí que el compromiso que como país se asumió al ratificar la Convención debe verse aparejado con un estudio concienzudo del instrumento y de su correcta aplicación.

<sup>103</sup> P. SCHLECHTRIEM / I. SCHWENZER (nota 19), p. 265.

### IV. Bibliografía

AUDIT, BERNARD, "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria", en: Thomas E. Carbonneau (Ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Paris, Juris Publishing, 1998, pp. 173-194. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>

AZZOUNI, AHMAD, "The adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom", Mayo, 2002. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.html>

CALVO CARAVACA, ADOLFO-LUIS, "El Reglamento Roma I sobre la Ley Aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, N° 2, p. 71.

CISG-AC, "Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (artículo 3 CISG)", Opinión N° 4, 2004. Relatora: Prof. Pilar Perales Viscasillas. Disponible en: <http://www.cisgac.com/>

CORDES, ALBRECHT, "The search for a medieval Lex Mercatoria", *Oxford University Comparative Law Forum*, 2003. Disponible en: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>

DAVID, RENÉ / BRIERLEY, JOHN, *Major Legal Systems in the World Today: an introduction to the comparative study of law*, London, Stevens & Sons, 1968.

DIMATTEO, LARRY (et al.), *International Sales Law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, 1ª Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

FELEMENGAS, JOHN (Ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS / ARENAS GARCÍA / DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 1ª Ed., Madrid, Editorial IUSTEL, 2007.

HONNOLD, JOHN / FLECHTNER, HARRY, *Uniform Law for International Sales Under 1980 United Nations Convention*, 4ª Ed., Kluwer Law International, 2009.

HONNOLD, JOHN, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª Ed., Kluwer Law International, Boston, 1991.

KRÖLL, STEFAN / MISTELIS, LOUKAS / PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*, 1ª Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2011.

LOOKOFSKY, JOSEPH, *Understanding the CISG: a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods*, Eª Ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

MARTÍN FUENTES, JOSÉ LUIS, *El Contrato Internacional de compraventa de mercaderías*, 1ª Ed., Medellín, Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2012.

MUSTIL, MICHAEL, "The New Lex Mercatoria: The first Twenty-five years", en: *Arbitration International*, 1988, pp. 86-119, también disponible en: <http://www.trans-lex.org/126900>.

PARÍS CRUZ, MAURICIO, *La formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: Según las Reglas de la Convención de Viena de 1980*, 1ª Ed., San José, Editorial Jurídica Continental, 2013.

PARÍS RODRÍGUEZ, HERNANDO, *Los contratos privados en la jurisprudencia de casación*, 3ª Ed., Costa Rica, Editorial El Cano, 2003.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, 1ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)", 2001. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ciiii>

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*, 1ª Ed., Civitas, 2005.

SIQUEIROS, JOSÉ LUIS, "La codificación del derecho internacional privado en el Continente Americano", en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 14. 1982, pp. 235-251. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=14>

UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1ª Ed., Vienna, UNCITRAL, 2012. Disponible en: [www.cnudmi.org](http://www.cnudmi.org)

UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1ª Ed., Vienna, UNCITRAL, 2016. Disponible en: [www.cnudmi.org](http://www.cnudmi.org)

UNCITRAL, "Report of the Secretary-General: formation and validity of contracts for the international sale of goods", en: A/CN.9/128, annex II, UNCITRAL Yearbook, Volume VIII, 1977, pp. 90-92. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/vol8-p90-109-e.pdf>

VOLKEN, PAUL, "The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling", en: Sarcevic, Petar / Volken, Paul (Eds.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Ch. 2, Oceana, 1986, pp. 19-53. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html#viii>

## Desafíos y futuro de la interpretación de la CISG

Pilar Perales Viscasillas\*

**SUMARIO:** I. Introducción: casi 40 años de éxito de la CISG. II. La interpretación e integración en el DUCI. 1. Panorámica general. 2. Tendencias actuales: la interpretación macrosistemática entre los textos del DUCI. A) En general. B) La interpretación del art.13 CISG a la luz de otros textos internacionales. C) Principios externos en la interpretación y suplementación de la CISG: la prevalencia de instrumentos verdaderamente internacionales uniformes como los Principios de UNIDROIT en comparación con los instrumentos regionales. III. Retos futuros, en especial en el ámbito de la CISG.

### I. Introducción: casi 40 años de éxito de la CISG

El reconocimiento del éxito rotundo de los textos que componen el Derecho Uniforme del Comercio Internacional, o si se prefiere, del Derecho Mercantil Internacional<sup>1</sup>, que nació con la sentida necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico en el comercio internacional y lo hizo superando la estrecha e insegura vía de las normas de conflicto de leyes<sup>2</sup>, creando un conjunto de normas de vocación internacional tanto en su origen, formulación como en su marco de aplicación e interpretación, se evidencia en uno de los textos que mayor impacto ha tenido en el mundo del derecho de contratos, la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

\* Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2016-78572-P). Miembro del CISG-AC.

<sup>1</sup> Vid. R. ILESAS ORTIZ/P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Ramón Areces, 2003, pp. 1 y ss.

<sup>2</sup> Vid. Recientemente la primera sentencia brasileña en el ámbito de la CISG: *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 14 febrero 2017 (disponible en [www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com)), superando la estrechez e incertez de las reglas conflictuales aplicando la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales como costumbre internacional. Ídem: *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 30 marzo 2017 (disponible en [www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com)).

(CISG), en la actualidad con 91 Estados parte.

En este trabajo nos centraremos en la interpretación e integración en el ámbito de la Convención, si bien también haremos referencias a otros textos del DUCI, particularmente los emanados por la CNUDMI, pero no solo ellos puesto que el presente estudio se dirige a analizar una de las tendencias actuales más importantes que se detectan al nivel de interpretación e integración en el derecho uniforme, como es la interpretación e integración conjunta, armonizada y sistemática que se da entre los diversos instrumentos que componen el DUCI<sup>3</sup>, en lo que metafóricamente podríamos hablar de un giro de 360° en la interpretación, por lo que necesariamente hemos de analizar otros instrumentos internacionales si bien, en todos los casos, realizaremos esta labor tomando como referencia algunos de los textos jurídicos de mayor éxito de la CNUDMI.

En el marco del DUCI, y aunque solo sea por recordar lo que es sobradamente conocido, operan dos de las instituciones internacionales más conocidas en el mundo: La CNUDMI/UNCITRAL y la UNIDROIT (El Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado)<sup>4</sup>, a las que se une en un marco ya puramente privado la labor normativa que realiza la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC, en sus siglas en inglés). Puede también añadirse, siquiera sea en el marco conflictual pero subidos al carro de la uniformidad, a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Entre los tres primeros mencionados encontramos los textos jurídicos de más amplia utilización en el mundo del comercio internacional en formas tan diversas como las Convenciones o Tratados Internacionales, Leyes Modelo, Principios, Notas, Guías, Recomendaciones, Reglas y recopilaciones de Usos, etc.,<sup>5</sup> como en materias tan variadas como los contratos mercantiles internacionales en general (y, en particular, la compraventa, el transporte, y los contratos electrónicos) el arbitraje, los medios de pago, las garantías, la insolvencia, etc.

## II. La interpretación e integración en el DUCI

### 1. Panorámica general

Constatado el éxito de los textos del DUCI, pues ya el solo dato de la aprobación de instrumentos normativos jurídicos internacionales de ámbitos materiales e intensidad jurídica diversa lo es en sí mismo, especialmente cuando se ha de pasar el filtro de arduas y largas negociaciones internacionales con múltiples y variados actores, resta por superar el reto todavía más importante, y de compleja puesta en práctica, que reside en

<sup>3</sup> Existen, sin dudas, otras perspectivas y retos actuales en la interpretación e integración, particularmente en el ámbito de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, y que el lector podrá encontrar en: P. PERALES VISCASILLAS, "Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles", *Uniform Law Review*, 22, 2107, pp. 4-28.

<sup>4</sup> www.unidroit.org.

<sup>5</sup> Del uso más abundante y preferente por la técnica del Tratado Internacional o Convenciones últimamente se observa una preferencia por instrumentos de soft law. Sobre ello: H.G. GABRIEL, "The rise of soft law in institutional international commercial law and why it is a good idea", *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome, UNIDROIT, 2016, vol. 1, pp. 273-285.

En esta materia es ya clásico el trabajo del profesor R. ILLASCAS ORTIZ, "El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática", *Revista de Derecho Mercantil*, 207, 1993, pp. 37-91.

lograr una verdadera interpretación y aplicación uniforme. De nada serviría contar con un marco jurídico que persigue la uniformidad normativa internacional si su aplicación práctica quedara al albur de interpretaciones basadas en parámetros y tradiciones nacionales máxime ante la inexistencia de un tribunal superior internacional que sirviera para unificar doctrina.

Se comprende así fácilmente que la CNUDMI, pues a ella se debe la creación y puesta en marcha del mecanismo de interpretación y suplementación de lagunas de textos internacionales que posteriormente ha sido reproducido en su esquema básico por las demás organizaciones internacionales, se preocupara desde los primeros textos por esta cuestión. Fueron efectivamente las primeras Convenciones Internacionales elaboradas por la CNUDMI las que introdujeron un precepto dirigido a la interpretación internacional y uniforme de su texto, destacando en este sentido el art.7 de la Convención sobre Prescripción en la compraventa internacional de mercaderías de 1974 y el art.3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978) ("Reglas de Hamburgo"), ambos con idéntica redacción contemplaron los principios clave para la interpretación de los textos del derecho uniforme, la internacionalidad y la uniformidad.

Fue, sin embargo, la CISG a quien debemos la sistemática actual en relación con la interpretación y suplementación de lagunas que se sigue en la mayor parte de los textos del DUCI, pues no solo introdujo el principio de la buena fe, junto a los ya mencionados principios de internacionalidad y uniformidad, sino que sobre todo consagró el método actualmente prevalente en material de integración de las lagunas. Dispone así el art.7 CISG que:

"En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

"Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado".

La influencia del Art. 7 CISG no solo se ve en los propios instrumentos elaborados por la CNUDMI<sup>6</sup> y su organización hermana la UNIDROIT<sup>7</sup>, sino también en otros textos regionales de ámbito europeo, como los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) o

<sup>6</sup> Siguen lo dispuesto en el art.7(1) CISG, por ejemplo: Art. 4 Convención CNUDMI sobre Letras de cambio y pagarés internacionales de 1988; Art. 5 Convención CNUDMI sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995; Art. 8 Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza; Art. 5(1) Convención de la CNUDMI sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales de 2005; y Art. 2 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam") de 2008.

<sup>7</sup> Art. 6.1 Convención UNIDROIT sobre agencia en la compraventa internacional de mercancías de 1983; y Art. 4.1 Ley Modelo de la UNIDROIT sobre Leasing internacional de 2008.

el proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR)<sup>8</sup>, extendiendo su influencia en general en el sistema de interpretación e integración de lagunas en el derecho privado europeo, directivas y reglamentos, incluyendo la interpretación uniforme y autónoma que se sigue por el Tribunal de Justicia<sup>9</sup>. Es también el caso de otros textos proyectados en materia de derecho privado contractual de ámbito regional<sup>10</sup>. Por lo general, el modelo se reproduce en su totalidad, aunque a veces con cambios menores. En un número minoritario de los textos, se añaden algunos otros principios rectores con la idea de desarrollar más los principios de interpretación, o para adaptar las normas sobre interpretación a las particularidades de la materia objeto del texto internacional<sup>11</sup>.

Mención especial en este sentido merecen los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PICC), que al contrario de la CISG, no acude al recurso nacional como fuente subsidiaria en defecto de principios generales, como han hecho también otros textos de la CNUDMI<sup>12</sup>. Esta omisión es consistente con la creación de un sistema autosuficiente y por lo tanto plenamente autónomo que evite el recurso al derecho doméstico. Igualmente reseñar la especial ubicación que tiene el principio de la buena fe bajo los Principios UNIDROIT que expresamente acoge dicho principio, junto al de lealtad negocial, y lo hace fuera de la norma sobre interpretación, ubicándolos como principios rectores del comportamiento de las partes durante la formación y la ejecución del contrato (Art. 1.7 PICC)<sup>13</sup>, dotándoles de un carácter imperativo: “Las partes no pueden excluir ni limitar este deber” (Art. 1.7 (2) PICC), al tiempo, como hemos indicado, que le otorga su rol natural (“Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”). Precepto que se complementa con otros dos más: Art.2.1.15 (Negociaciones de mala fe) y 2.16 (deber de confidencialidad).

<sup>8</sup> Art. 1:106 y Art. 1:201 PECL; Art. 1-1:102(3) y (4) DCFR de redacción similar al art.7 CISG aunque con algunas diferencias debido al diferente ámbito de aplicación.  
<sup>9</sup> Vid. J. BASEDOW, “Gap-filling in EU Private Law Regulations”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome, UNIDROIT, 2016, vol.1, pp. 501-512, si bien algo crítico con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, pues es necesario desarrollar todavía más una integración con preferencia en los principios generales, como hace el art.7.2 CISG.

<sup>10</sup> Vid. *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. En la doctrina: R. Momberg, “Harmonization of Contract Law in Latin America: past and present initiatives”, *Uniform Law Review*, 2014, pp. 13-14; P. PERALES VISCASILLAS, “CISG Interpretation and the Principles of Latin American Contract Law (PLDC)”, *360° de la Compraventa Internacional de Mercaderías. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios*, A. CASTRO PINZÓN (Compiladora). Derecho Internacional de los Negocios, Tomo VI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 99-126, ambos con referencias a otras iniciativas en la región como la OHADAC; y A. GARRO, “Contract Law in Latin America: Building of a “Latin American” *Ius Commune on Contract Law*”, *35 Years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration*, edited by I. SCHWENZER, Eleven International Publishing, vol.19, 2016, pp. 253-268. En relación con Asia se están formulando los llamados *Principles of Asia Contract Law*, PACL. Vid. S. HAN, “Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia”, *Villanova Law Review*, 58, 2013, pp. 589-599.

<sup>11</sup> Art. 5 de la Convención de UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (2001), que sigue la redacción del art.7 CISG, pero en relación con la interpretación añade la referencia a sus fines, tal como se enuncian en el preámbulo, y matiza la necesidad de promover una aplicación uniforme y previsible, sin referencia a la buena fe. España forma parte del Convenio. Vid. Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE, núm. 238, de 4 de octubre de 2013.

Un enfoque similar se encuentra en el art.4 de la Convención de UNIDROIT sobre las Normas de derecho material aplicables a los valores intermedios (2009): “Para la ejecución, la interpretación y la aplicación del presente Convenio, se tendrán en cuenta sus objetivos, los principios generales en que se inspira, su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad y la previsibilidad en su aplicación”, sin que exista una norma para la integración de las lagunas.

<sup>12</sup> El mismo enfoque se encuentra en el Art. 3(2) Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996); Art. 4(2) Ley Modelo CNUDMI sobre firma electrónica (2001); Art. 2(2) Ley Modelo CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (2002); Art. 2A Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985, modificada en 2006); y Art. 4.2 Ley Modelo de UNIDROIT sobre leasing (2008).

<sup>13</sup> También en el Art. 1: 106 PECL. Mayores detalles: U. MAGNUS, “Comparative editorial remarks on the provisions regarding good faith in CISG Art. 7(1) and the UNIDROIT Principles Art. 1.7”, J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 45 y ss; y J. FELEMEGAS, “Comparison between the provision regarding the concept of good faith in CISG Art. 7 and the counterpart provisions of the PECL”, FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 268 y ss.

## 2. Tendencias actuales: la interpretación macrosistemática entre los textos del DUCI

### A) En general

Como acabamos de ver los textos del DUCI presentan una gran similitud entre ellos en punto a la interpretación e integración de las lagunas. Al mismo tiempo la uniformidad no significa que la Convención se deba congelar en el tiempo e independientemente de las circunstancias en evolución, como lo demuestra, por ejemplo, en la CISG, la importancia que cobran los usos del comercio (artículo 9). Es asimismo objeto de atención y consideración el proceso evolutivo de la metodología relativa a la interpretación y suplementación de lagunas en los textos del DUCI, especialmente en relación con el desarrollo experimentado en las últimas décadas en el derecho mercantil internacional (jurisprudencia, nuevos instrumentos internacionales uniformes, desarrollo de prácticas y usos, la doctrina jurídica, la evolución en el derecho comparado y en el pensamiento jurídico, que sin duda es más global). Destaca así una tendencia creciente en la observancia del mandato del art. 7(1) CISG tanto en la jurisprudencia, como en los operadores, a lo que se añade un aumento gradual en el uso de las técnicas específicas y variadas de que se disponen en el DUCI para interpretar y suplementar lagunas en el texto uniforme<sup>14</sup>. Por poner el ejemplo de la CISG, este desarrollo en la interpretación y suplementación de lagunas de la Convención se debe a varios factores: el creciente número de países que han ratificado la Convención (91 en la actualidad), la abundante información sobre la misma que es fácilmente accesible, el éxito de otros instrumentos internacionales de derecho uniforme, como los Principios UNIDROIT, el creciente número de arbitrajes comerciales internacionales, el hecho de que el derecho comparado y el derecho interno utilizan cada vez más el derecho internacional uniforme de diversas maneras (contribuyendo a una interpretación de los textos jurídicos a la luz de los instrumentos internacionales de derecho uniforme), la existencia de una mayor sensibilidad de los operadores internacionales sobre las especificidades y la necesidad que otorga un derecho comercial internacional uniforme. Por lo tanto, los operadores en general y los juzgadores en particular son cada vez más sensibles a la globalización del derecho contractual y, por ello se observa una creciente tendencia en el uso de los instrumentos internacionales como herramienta comparativa, fuente de inspiración o de apoyo. También existe una tendencia a utilizarlos como instrumento para la interpretación o suplementación de textos internacionales, en lo que el Profesor Magnus ha llamado la “interpretación interconvencional” de la CISG<sup>15</sup>, incluyendo también textos del soft law. Estos instrumentos, creados después de la CISG, contemplan una “ley uniforme internacional compartida” y proporcionan no solo una convergencia con la CISG, sino también un enfoque dinámico hacia su interpretación donde

<sup>14</sup> Vid. F. FERRARI, “Have the Dragons of Uniform Sales Law Been Tamed? Ruminations on the CISG’s Autonomous Interpretation by Courts”, *Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, C.B. ANDERSEN / U.G. SCHROETER (eds.), Widy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p.134.

<sup>15</sup> U. MAGNUS, “Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations”, A. JANSSEN / O. MEYER (ed.), *CISG Methodology*, Sellier, European Law Publishers, 2009, p.55.

los tribunales estatales y los tribunales arbitrales asumen un papel activo al punto que construyen soluciones sustantivas para las lagunas en la Convención. Además, como la jurisprudencia ha ayudado a desarrollar reglas y principios en todo el ámbito del derecho de contratos sobre la base de los principios generales de la CISG y otros instrumentos internacionales, la Convención de Viena se entiende cada vez más como un código general para la compraventa internacional de mercaderías y, en algunos aspectos, como un código general para el comercio internacional y doméstico.

De ahí que una de las primeras tendencias recientes que pueden identificarse es la mutua interacción que puede producirse entre los textos que forman el DUCI, y al mismo tiempo la preferencia por esa interpretación sistemática entre los textos del DUCI con preferencia a interpretaciones basadas en instrumentos regionales. De acuerdo con este enfoque, una interpretación coherente entre los instrumentos que forman el DUCI debe ser considerada como preferible hasta el punto de ser en sí mismo un principio general de interpretación de los instrumentos del derecho uniforme<sup>16</sup>. Veámoslo mediante dos ejemplos concretos en el marco de la CISG<sup>17</sup>.

### B) La interpretación del art.13 CISG a la luz de otros textos internacionales

El art.13 de la CISG es una disposición interpretativa que pretende incluir determinados medios de comunicación, a saber, telegramas y télex, como equivalente al “escrito”. Una interpretación amplia del art. 13 implica que el fax y los medios electrónicos modernos de comunicación deben incluirse en la disposición. Esta interpretación está en consonancia con las tendencias modernas de los instrumentos internacionales de derecho uniforme, el derecho interno y la práctica empresarial y con un enfoque neutro respecto de los medios de comunicación en la CISG<sup>18</sup> que abarca a las compraventas internacionales en el siglo XXI<sup>19</sup>.

La interpretación ampliada o extensiva del art. 13 CISG a los modernos medios de comunicación se logra también mediante una interpretación dinámica del art. 13 a la luz de otros instrumentos internacionales uniformes, como la Ley Modelo de 1996 sobre Comercio Electrónico, el art. 1.10 PICC<sup>20</sup> o recurriendo a la Opinión N°1 del Consejo Asesor en materia de compraventa internacional (CISG-AC)<sup>21</sup>. Aunque hay autores que han recu-

rido al art.1:301(6) PECL<sup>22</sup>, sin embargo, creemos no solo que no resulta preciso sino que además los PECL consideran “cualquier medio de comunicación capaz de proporcionar un registro legible de la declaración de ambas partes”. En nuestra opinión, para cumplir con los requisitos del art. 13, basta con proporcionar un único registro<sup>23</sup>, trasladándose la cuestión a la de la valoración de la prueba, siendo que el juez o tribunal arbitral podrían considerar que el expediente presentado por una sola parte no es suficiente como tal.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005 podría utilizarse para suplementar las lagunas relacionadas con el art. 13 y en general con la CISG en dos circunstancias diferentes. En primer lugar, mediante una aplicación directa del art. 20 de la Convención de 2005 que considera la situación en la que, si un Estado ha ratificado la Convención de 2005 y la CISG, el Convenio de 2005 se aplica a las disposiciones de la CISG relativas a las comunicaciones electrónicas<sup>24</sup>. En consecuencia, los Arts. 11, 13 y 14 CISG son “sustituídos” por los artículos 9 1), 2) y 11 del Convenio de 2005. En segundo lugar, aunque no haya ratificación de la Convención de 2005 ni siquiera haya entrado en vigor, la posibilidad de recurrir a este instrumento para interpretar o complementar el art. 13 no debe ser rechazada ya que el art. 7(2) de la CISG permite, desde una perspectiva dinámica, recurrir a otros textos internacionales<sup>25</sup>. Un enfoque que se basa en los objetivos de la interpretación uniforme e internacional de la CISG (artículo 7 (1)) que son metas y principios compartidos por la Convención de 2005. Además, implícitamente, la intención de la CNUDMI, al considerar la interacción entre el Convenio de 2005 y otros convenios internacionales, era crear una “recomendación”<sup>26</sup> en virtud de la cual la interpretación de esos convenios –incluida la CISG– debía hacerse a la luz de las comunicaciones electrónicas concebidas por la Convención de 2005<sup>27</sup>. En conclusión, el art. 9(2) de la Convención de 2005 debe considerarse en relación con el art.13 CISG para incluir cualquier comunicación electrónica “si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”<sup>28</sup>.

16 F. FERRARI, “The relationship between international uniform contract law Conventions”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 76–78.

17 Lógicamente existen más ejemplos significativos como la interacción entre la Convención sobre Prescripción y la Convención sobre compraventa internacional que relata: L. CASTELLANI, “An assessment of the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods through Case Law”, *Villanova Law Review*, 58, 2013, pp. 645–660.

18 Para lo último: M. SCHMIDT-KESSEL, “Article 11”, Schlechtriem / Schwenzler, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2016, para. 6.

19 P. BUTLER, “Electronic Commerce within the framework of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Schwenzler/Atamer/Butler, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Eleven International, 2013, p.121.

20 A.L. CHARTERS, “Growth of the CISG with Changing Contract Technology: “Writing” in Light of the UNIDROIT Principles and CISG-AC Advisory Council Opinion no 1”, FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)* as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, 2007, pp. 68 seq. (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/charters.html>).

21 Vid. Considerando esta Opinión del CISG-AC como aplicable a la Convención de Viena en relación con las comunicaciones electrónicas: W. HAHNKAMPER, “Acceptance of an offer in light of electronic communications”, *Journal of Law and Commerce*, 25, 2005–2006, p.147.

22 Vid. Considerando el Art. 1:301(6) PECL como una regla de interpretación del Art. 13 CISG; U. Schroeter, “Interpretation of “writing”: Comparison between provisions of CISG (Art. 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, p.265 (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter3.html>).

23 Contrariamente: U. SCHROETER, “Interpretation of “writing”: Comparison between provisions of CISG (Art. 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, op. cit., p. 273, al confiar en una interpretación derivada de los PECL.

24 Mayores detalles: S. EISELEN, “Integration of the UN electronic communications Convention and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Schwenzler/Atamer/Butler, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, International Eleven, 2013, pp. 145–165.

25 Similarmente: O. MEYER, “Constructive Interpretation—Applying the CISG in the 21st Century”, Janssen/Meyer (eds.), *CISG Methodology*, Sellier, 2009, p.338.

26 Es cierto, sin embargo, que el art.20 de la Convención no está diseñado para establecer una interpretación auténtica de la CISG. Vid. Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la Convención de 2005, para. 289.

27 El término comunicación electrónica como equivalente a escrito es modernamente el término más utilizado en los instrumentos internacionales últimamente preparados por la CNUDMI. Vid. Por ejemplo, Art. 3 de las Reglas de Rotterdam.

28 El mismo enfoque en el art.6.1 Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. La Guía de la CNUDMI para su incorporación al Derecho interno, para. 50 considera que el Art. 6 se centra más en la información reproducida y legible y que el término “accesible” significa que la información sea capaz de ser leída e interpretable. Vid. También Nota explicativa a la Convención de 2005, para. 146.

### C) Principios externos en la interpretación y suplementación de la CISG: la prevalencia de instrumentos verdaderamente internacionales uniformes como los Principios de UNIDROIT en comparación con los instrumentos regionales

Como hemos señalado los principios de interpretación de la Convención de Viena son los mencionados en el párrafo 1º del artículo 7 CISG: carácter internacional, uniformidad en su aplicación y observancia de la buena fe. La inclusión de esta norma en el articulado de la Convención obedeció al deseo de los redactores de evitar los peligros que supondría la aplicación del texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares. Se evitan así los peligros derivados de una aplicación al texto uniforme de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento jurídico, que son inadecuadas para un texto de origen, elaboración, aplicación y aprobación en un foro internacional, lográndose de esta forma que no se destruya la uniformidad que se intenta conseguir en la aplicación de la Convención. El art.7 CISG puede considerarse, sin duda alguna, como una pieza central en la Convención.

Por su parte, el artículo 7.2 CISG se ocupa de otra de las cuestiones más importantes dentro de la Convención: el método de integración de las lagunas. La principal virtud de este artículo consiste en evitar cualquier recurso prematuro al Derecho nacional, a la vez que logra crear un sistema autosuficiente que, como es lógico, no pretende regular todas las cuestiones que en una compraventa puedan suscitarse. Para tener una idea precisa del supuesto que ahora se examina, se ha de partir de la consideración de que la normativa uniforme establece su propio campo de aplicación, dejando fuera expresamente toda una serie de materias que se enumeran en los artículos 2 a 5 CISG o que a lo largo de su articulado son excluidas: la transmisión de la propiedad (art.30) o las formalidades exigidas para el pago del precio (art.54). En consecuencia, no existirá ningún problema para los supuestos que claramente estén regulados o, por el contrario, excluidos por la Convención a los que, en principio, se aplicará respectivamente el Derecho uniforme y el Derecho nacional que resulte aplicable según las reglas conflictuales. Sin embargo, es más difícil determinar en qué supuestos estamos ante una laguna interna, esto es, ante una materia que se rige por la Convención, pero que no está expresamente resuelta en ella.

En cuanto al método que se establece para solucionar las lagunas internas; primero se ha de acudir por vía analógica –en el ámbito de las disposiciones de la Convención– a la solución del supuesto; si falla, se recurrirá a los principios generales en los que se basa la misma o, en su defecto, al Derecho nacional que resulte aplicable. Ciertamente que el recurso a los principios generales de la Convención complica el panorama así descrito, especialmente si se tiene en cuenta que en la Convención no se enumeran dichos principios y, por ende, tampoco se establece su contenido y alcance, lo que puede llevar al peligro de que los jueces y los contratantes deriven diferentes principios de las disposiciones de la Convención.

De todas formas, el que las lagunas deban solucionarse acudiendo a los principios generales es lo más adecuado si se piensa que el propósito de la Convención es llegar a convertirse en un derecho de la compraventa de aplicación general y universal. Esto significa que solo mediante un sistema de interpretación propio y de integración de sus lagunas mediante los principios rectores inmanentes a la Convención, así como mediante la aplicación analógica de sus disposiciones puede conseguirse el ansiado deseo de una aplicación verdaderamente universal.

La interpretación autónoma de la Convención es definida por la doctrina ya mediante una enunciación negativa –no hay principios externos que sirvan para interpretar la CISG, ya mediante una interpretación positiva –interpretación de la Convención dentro de su sistema y objetivos–<sup>29</sup>. Sin embargo, es bastante controvertido<sup>30</sup> si los llamados principios externos pueden desempeñar algún papel en la interpretación y suplementación de lagunas de la CISG en ausencia de acuerdo entre las partes<sup>31</sup>: desde aquellos que niegan cualquier papel a los principios externos, y en particular a los Principios UNIDROIT<sup>32</sup>, a los que contrariamente identifican los Principios UNIDROIT con los principios generales sobre los que se basa la Convención (artículo 7 (2) CISG)<sup>33</sup>. La posición mayoritariamente seguida se encuentra en el punto medio entre las dos indicadas posiciones: los Principios UNIDROIT generalmente no se consideran los principios generales de la CISG, sino que puede ser una herramienta para interpretar o suplementar la Convención<sup>34</sup>, particularmente cuando no hay colisión entre los principios o normas que de los dos textos emanan<sup>35</sup>. La respuesta también depende de la ley aplicable al contrato, así como el método de solución de controversias<sup>36</sup>. En cualquier caso, las tendencias modernas en la interpretación de la CISG permiten considerar la *lex mercatoria* y los Principios de UNIDROIT, como fuentes externas de interpretación y suplementación de la CISG cuando no se encuentran principios generales dentro de la Convención o, con mayor fundamento, que se apliquen en relación a materias excluidas de la CISG. Solución que se basa en el principio de internacionalidad y uniformidad (Art.7.1 CISG)<sup>37</sup>. Además, tras el respaldo de la CNUDMI a los Principios UNIDROIT, la legitimidad de estos para desempeñar un papel interpretativo y complementario hacia la Convención de Viena se ha visto incrementada sensiblemente<sup>38</sup>.

<sup>29</sup> Entre otros: M. TORSELLO, "The CISG'S impact on Legislators: The Drafting of International Contract Law Conventions", Ferrari (ed.), *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Giuffrè, 2003 pp. 235 y ss; Gebauer, "Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation", op. cit., pp. 686 y ss.

<sup>30</sup> P. PERALES VISCASILLAS, "The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the interpretation and gap-filling of CISG", Janssen/Meyer (eds.), *CISG Methodology*, Sellier, 2009, pp. 287 y ss.

<sup>31</sup> Vid. UNIDROIT Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2013.

<sup>32</sup> Entre los autores más recientes: H. FLECHTNER, "Uniformity and Politics: Interpreting and filling gaps in the CISG", *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70 Geburtstag*, Sellier, 2014, pp. 196-198.

<sup>33</sup> Curiosamente el Comentario 3 a la cláusula Modelo 4 de las cláusulas modelo elaboradas por UNIDROIT reconocen que los principios generales bajo el art.7.2 CISG "are as such not identical with the UNIDROIT Principles".

<sup>34</sup> U. MAGNUS, "Harmonization and Unification of Law by means of general principles", *Unification and Harmonization of International Commercial Law. Interaction of Deharmonization?*, MORTEN M. FOGT (ed.), Walters Kluwer, 2012, p.173.

<sup>35</sup> R. MICHAELS, "Preamble", *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPIC)*, S. VOGENAUER (ed.), 2nd.edition, Oxford University Press, 2015, Nº 110, en la medida en la que los Principios UNIDROIT traslucen los principios generales de la Convención. Pero los Principios no pueden ser automáticamente y en todo caso ser utilizados para suplementar a la CISG.

<sup>36</sup> En lo que sigue con ulteriores citas: P. PERALES VISCASILLAS, "Article 7", S. KRÖLL/L.A. MISTELIS/P. PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017 (en prensa).

<sup>37</sup> *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 30 marzo 2017 (disponible en [www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com))

<sup>38</sup> Vid. A/62/17 (Parte I) paras 210 y ss.

Esto es particularmente cierto, ya que el respaldo de la CNUDMI no se limita al uso por las partes, como ocurre con otros instrumentos internacionales aprobados por la Comisión.

A tenor de lo indicado, no siempre, en defecto de principios generales, será necesario acudir al derecho nacional aplicable, ya que es posible que los jueces y, en particular, los árbitros encuentren vías de escape en la llamada *Lex Mercatoria*. O, incluso, considerando que los principios generales en que se basa la Convención encuentran su reflejo en la *Lex Mercatoria* –representada esta o no en los Principios de UNIDROIT–.

Efectivamente, si bien los Principios de UNIDROIT no son los principios generales de la CISG, o no lo son al menos en todos los casos, podrían ser útiles para interpretar la Convención. Incluso podrían servir para complementar las lagunas de la Convención si no se encuentran principios generales en el seno de aquella, por lo que se podrían tener en cuenta los Principios de UNIDROIT antes de recurrir al derecho interno. Esta proposición encuentra su base en la practicidad que deriva de las transacciones comerciales internacionales, las incertidumbres en la aplicación de las normas de conflicto de leyes y, en particular, encuentra su base más sólida en la aplicación de los principios enunciados en el párrafo 1º del art. 7 CISG, más específicamente el principio de uniformidad como uno de los principales objetivos de la Convención<sup>39</sup>. A nuestro juicio, esta opinión también se justifica por el hecho de que existe una creciente tendencia en el derecho interno a recurrir a los instrumentos internacionales de derecho uniforme, la CISG y los PICC, no solo como mera “referencia doctrinal”<sup>40</sup>, sino más importante para interpretar y suplementar al propio derecho interno que conduce a una interpretación macrosistemática de los instrumentos jurídicos uniformes, así como a una internacionalización del derecho interno. Como estamos viendo, precisamente este enfoque moderno de una interpretación sistemática de los instrumentos jurídicos uniformes debe ser considerado también al interpretar y complementar la CISG. En este sentido, aunque el texto íntegro de los Principios UNIDROIT no puede decirse que refleje como tal la “*Lex Mercatoria*”, algunas de sus disposiciones tienen ciertamente ese estatus y de hecho gradualmente lo están adquiriendo a través de su uso, aceptación y conocimiento por los operadores internacionales. De ahí llegamos precisamente a la regla o principio de interpretación que se decante hacia una interacción preferente entre los textos del DUCI por encima de instrumentos de tipo regional. Es importante señalar que si bien los instrumentos regionales e internacio-

<sup>39</sup> Como señala el profesor M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, Brill/Nijhoff, 2009, 3rd. ed., p. 231: “It is nowadays widely recognized that international uniform law instruments should be interpreted and supplemented according to autonomous and internationally uniform principles and that recourse to domestic law should only be a last resort”.

<sup>40</sup> N. BOUZA VIDAL, “The UNIDROIT Principles as Legal Background in Spanish Case Law”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, vol.2, pp. 1266-1282; y P. PERALES VISCASILLAS, “Los Principios de UNIDROIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, vol.2, pp. 1619-1640.

nales comparten el objetivo de “desnacionalizar las normas y los principios”<sup>41</sup> mediante “la formulación de una serie de principios” fundamentales “” generales “o” subyacentes “del derecho contractual”<sup>42</sup>, en varias ocasiones llegan a diferentes formulaciones derivadas de los distintos ámbitos territoriales y materiales de aplicación que en no pocas ocasiones conduce a una perspectiva jurídica diferente hacia ciertos conceptos e instituciones jurídicas. Por eso, resulta preferible apoyar una relación más estrecha entre la CISG y los instrumentos de derecho internacional verdaderamente uniformes y globales más que en relación a instrumentos regionales. Esto es particularmente cierto desde la creación de los instrumentos de segunda y tercera generación (los creados tras los Principios de UNIDROIT) y el intenso debate generado sobre el derecho contractual comercial –y en general sobre el derecho privado–, sobre la armonización regional versus universal, así como sobre el papel de los instrumentos jurídicos no vinculantes (los llamados textos del soft law) en relación con instrumentos vinculantes debido, entre otras, a su diferente legitimidad. Además, en el centro de la discusión está el rol de la CISG, sus límites y desventajas en el marco de un futuro instrumento de derecho contractual internacional de contratos.

A tenor de esta evolución, no resulta sorprendente que con ocasión de la sesión de la Comisión de la CNUDMI en 2012<sup>43</sup> se presentara una propuesta sobre posibles trabajos futuros de la CNUDMI en el ámbito del derecho internacional de los contratos, la llamada Propuesta Suiza<sup>44</sup>, concebida embrionariamente como un futuro código mercantil para contratos internacionales con el objetivo, no confesado, de superar las propuestas regionales.

A este respecto, la Declaración N° 1 de la CISG (CISG-AC): la CISG y la Armonización Regional, apoyó la propuesta suiza, sobre la base de considerar algunas de las deficiencias de la unificación regional en oposición a la unificación mundial. Uno de los peligros más evidentes de la unificación regional es que las soluciones propuestas no se ajusten a la CISG. Eso fue lo que ocurrió con el CESL (Common European Sales Law), que aunque aparentemente reflejó soluciones y principios de la Convención de Viena, de hecho adoptó algunas perspectivas que se apartaron de los principios básicos de la CISG, particularmente del seminal principio *pacta sunt servanda* y del principio de libertad de contratación, creando un texto que estaba fuertemente orientado al consumidor debido a la mezcla en un solo texto de las transacciones B2B y B2C. No es de extrañar en este ámbito

<sup>41</sup> J. RAMBERG, “The Creativity of Arbitrators in the Context of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Unif. L. Rev.*, 2-3, 1998, p.655; y en el mismo sentido realizando una ordenación sistemática de los principales textos de “soft law”: D. FERNÁNDEZ ARROYO, “The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-Boundary Private Relationship”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, vol.1, pp. 251-272.

<sup>42</sup> S. VOGENAUER, “General Principles” of Contract Law in Transnational Instruments”, *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, L. GULLIFER/ S. VOGENAUER (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p.292: “The exact number and the precise content of these principles differ across the instruments. However, all of the texts deal, in one way or another, with at least some of the five principles that I will discuss in this contribution: freedom of contract; the binding effect of contracts; good faith and fair dealing; freedom from formalities; and the duty to co-operate”. Y A. STRELLA FARIA, “Globalization, Legal identity and regional integration”, *Uniform Law Review*, 2013, pp. 435-446, y pp. 438-439.

<sup>43</sup> 44º Período de sesiones, Nueva York, 25 Junio-6 Julio de 2012.

<sup>44</sup> A/CN.9/758, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/534/54/PDF/V1253454.pdf?OpenElement>  
Una explicación de la misma y de la necesidad de avanzar en nuevos instrumentos uniformes: I. SCHWENZER, “Who needs a Uniform Contract Law, and Why?”, *Villanova Law Review*, 58, 2013, pp. 723-732; L. TRIPOLI, *Towards a New CISG. The Prospective Convention on the International Sale of Goods and Services*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 18-33, sugiriendo una Convención sobre compraventa internacional y servicios.

del soft law el fracaso del CESL<sup>45</sup>, y el éxito de textos verdaderamente uniformes e internacionales como los PICC<sup>46</sup>.

Precisamente, la legitimidad del texto es un aspecto importante a considerar debido a la variedad de textos legales en el mercado. El resultado es que la pluralidad jurídica introduce una falta de seguridad jurídica, tal y como se contempla en la Declaración CISG-AC nº 1, pfo.4: “un atributo clave de la uniformidad y armonización es también la sencillez. El aumento de la pluralidad jurídica disminuye esa virtud e introduce la fragmentación, que es precisamente lo que la uniformidad y la armonización buscan evitar. Además, existe la probabilidad de que las iniciativas regionales no produzcan mejores soluciones y, por otra parte, que esas soluciones no hayan sido objeto de la misma investigación de delegados de muchos países diferentes, como ocurrió en el caso de la CIM (...). Cuando estas iniciativas regionales abarcan el Derecho contractual general, sin embargo pueden hacer una contribución muy útil a la consecución de soluciones globales para contratar”.

La vocación comercial internacional de los PICC ha sido considerada por la CNUDMI, que ha respaldado los Principios de UNIDROIT<sup>47</sup>, contribuyendo así a “la mejora de su prestigio y popularidad en todo el mundo”<sup>48</sup>. Un camino así parece muy difícil que se fuera a seguir por la CNUMDI en lo que se refiere a otros instrumentos regionales de soft law. Por otra parte, se ha de estar de acuerdo con la mejor doctrina que ha señalado de forma clara que no hay una “lex mercatoria regional”, por lo que resulta preferible aplicar una Lex mercatoria verdaderamente universal<sup>49</sup>.

### III. Retos futuros, en especial en el ámbito de la CISG

Llegados a este punto, podemos evaluar los retos futuros en la interpretación y suplementación de los textos del DUCI, en particular, en el ámbito contractual internacional y de la CISG, máxime en el momento actual donde estamos asistiendo a un momento crítico por las siguientes razones:

1) Finalización de varios proyectos por parte de las instituciones más importantes en el ámbito del Derecho contractual: i) Fin de la codificación internacional en materia de contratos mercantiles internacionales: UNIDROIT finalizó la cuarta edición de los Principios UNIDROIT que trae a escena disposiciones específicas en materia de contratos de larga duración. Esta cuarta edición ha sido recientemente pu-

<sup>45</sup> M. KIRALY, “The Rise and Fall of Common European Sales Law”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, Vol.1, pp. 1862-1872; Una crítica al CESL: R. ILLESCAS ORTIZ/P. PERALES VISCASILLAS, “El Reglamento Opcional en la materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): Crítica a su ámbito de aplicación”, *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013, pp. 83-100.

<sup>46</sup> En relación a los Principios UNIDROIT como base para un futuro texto en contratos internacionales: H. GABRIEL, “UNIDROIT Principles as a source for Global Sales Law”, op. cit., pp. 661-680.

<sup>47</sup> Vid. Informe de la CNUDMI, 25 Junio-12 Julio 2007, A/62/17 (Parte I), Nº 210 y Nº 213.

<sup>48</sup> M.J. BONELL, “Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?”, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries. Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, C.B. ANDERSEN/U.G. SCHROETER (eds.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing Ltd., 2008, p.69.

<sup>49</sup> K-P BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer, 1999, p. 179: “The Principles are an indication of the existence of a transnational legal rule, they are therefore a possible source of the *lex mercatoria*, but should not be confused with the *lex mercatoria*”.

blicada<sup>50</sup>, y la UNIDROIT no tiene intención de ulteriores desarrollos en un futuro próximo. ii) Aprobación de los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales (19 de marzo de 2015), que son una especie de Principios UNIDROIT, en versión corta, en el ámbito del derecho conflictual. iii) Abandono por la CNUDMI de la propuesta de Suiza, y por lo tanto de los trabajos sobre un futuro texto general en materia contractual<sup>51</sup>.

2) El fracaso de algunas iniciativas regionales, como el CESL, y la falta de relevancia como instrumentos de interpretación o suplementación de los textos del DUCI de otras iniciativas regionales que están todavía en fase de proyecto, como sucede con los Principios Latinoamericanos o los Principios asiáticos. Incluso, aquellos que ya tienen relevancia como los Principios de Derecho contractual europeo, se debe preferir la aplicación de instrumentos universales en contraposición a los regionales según ya vimos. 3) Existencia de una masa crítica de diferentes fuentes interpretativas internacionales que pueden desempeñar un papel importante en el desarrollo y consolidación de los principios generales de los textos del DUCI, y en particular de la Convención de Viena de 1980:

- i) Los propios Principios de UNIDROIT cuya relación con la CISG puede ser más o menos intensa;
- ii) El sistema CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts) que cuenta con los correspondientes nacionales que representan a 32 países; los diversos Compendios sobre los textos de la CNUDMI, especialmente el de compraventa en su tercera edición de 2016. Aunque en relación con el sistema CLOUT y el Compendio, ambas fuentes son muy importantes para la interpretación de la Convención de Viena y otros textos del DUCI, presentan el inconveniente derivado de la falta de crítica respecto a una determinada orientación jurisprudencial que pueda ser una verdadera guía para corregir tendencias erróneas en la interpretación de la CISG.
- iii) El desarrollo de las iniciativas privadas, como el Consejo Asesor Consultivo en la compraventa internacional de mercaderías (CISG Advisory Council) ([www.cisg-ac.org](http://www.cisg-ac.org)) que ha emitido ya 19 Opiniones y 2 Declaraciones en materias complejas sobre la Convención que fueron objeto de interpretaciones divergentes por parte de la doctrina y jurisprudencia, y que han implicado ensanchar las vías interpretativas de la CISG, traspasando en cierto modo las fronteras del Tratado y de la clásica compraventa.
- iv) La ingente cantidad de escritos académicos en numerosos idiomas y el número

<sup>50</sup> UNIDROIT Principles (2016), todavía pendiente de publicarse el texto en español.

<sup>51</sup> Propuesta que, además, fue criticada y debatida. Vid. Entre los críticos: M. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward”, *Unif. L. Rev.*, 19, 2014, pp. 114-151, pp. 148-150; y B. ZELLEN, “The development of a Global Contract Law. Still a dream?”, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, Vol.1, 2016, pp. 1179-1193, abogando más por una interacción en la práctica entre los Principios UNIDROIT y la CISG. Vid. También el número monográfico de la *Villanova Law Review*, 58, 2013.

cada vez mayor de sentencias sobre la Convención, no solo en el sistema CLOUT (cerca de 1000 sentencias en CLOUT) sino sobre todo en bases de datos privadas, generalmente creadas y mantenidas gracias al impulso académico (cerca de 3000 casos en el sitio web Pace o en la base de datos CISG On line), como en el caso de la jurisprudencia española y latinoamericana ([www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com)). A ellos se unen los esfuerzos académicos dirigidos a educar a los universitarios en las sensibilidades del DUCI<sup>52</sup>.

Pues bien, resultando claro que la creación de textos uniformes junto con un método de interpretación que ayude a ese propósito es importante<sup>53</sup>, lo es todavía más mantener y promover la uniformidad, que es donde reside el verdadero desafío de cara a la futura consolidación de los textos del DUCI: no solo en términos del poder judicial sino también en relación con la práctica de algunos sectores comerciales donde se tiende a la exclusión del derecho uniforme por los operadores<sup>54</sup>. Recientemente diversas iniciativas han surgido relacionadas con ese propósito. Así, y derivada de la enérgica reacción a la ya mencionada propuesta Suiza, la delegación de Los Estados Unidos presentó en relación con el futuro trabajo de la CNUDMI dos propuestas o sugerencias: una que la CNUDMI respaldara las cláusulas modelo de UNIDROIT dirigidas a facilitar el acuerdo contractual de las partes para la aplicación de los PICC y ello en una variedad amplia de situaciones, incluyendo su coordinación con la CISG. Propuesta que, a mi juicio, resultará difícil que salga adelante ante las dificultades de obtener el apoyo mayoritario de los Estados miembros; y la segunda propuesta, que fue secundada por algunos Estados, dirigida a obtener una mayor claridad, certeza y seguridad sobre la posible interacción entre los diversos textos jurídicos en materia de contratos internacionales, particularmente la compraventa. Este esfuerzo implica una voluntad de unión por parte de la CNUDMI, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya para cooperar en la aplicación y ordenación de los textos existentes. El resultado de esta segunda iniciativa ha sido la reciente estrategia conjunta pactada entre los tres organismos señalados<sup>55</sup>, expresada en el siguiente objetivo:

“Por consiguiente, el objetivo del documento que se sugiere elaborar sobre el derecho de los contratos comerciales internacionales, con hincapié en la compraventa, sería proporcionar orientación respecto de diversas cuestiones pertinentes, desde la elección de la ley

<sup>52</sup> A la introducción en los planes de estudio de asignaturas específicas sobre el DUCI, se unen las competiciones internacionales que en el mundo tratan de difundir los instrumentos del derecho mercantil internacional, destacando el Willem Vis International Commercial Arbitration Moot (en inglés) y en nuestro idioma el Moot Madrid ([www.mootmadrid.es](http://www.mootmadrid.es)). Vid. P. PERALES VISCASILLAS/D. RAMOS MUÑOZ, “Alternative Dispute Resolution and Career Education: Mooting its Way Through The Study Plans”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008, 2, pp. 67-73; y “Participación en concursos internacionales (Moot Viena)”, 74 experiencias docentes del grado en Derecho, MAX TURILL RUBINAT / ENOCH ALBERTI ROVIRA (eds.), Octaedro, 2016, pp. 251-254.

<sup>53</sup> Vid. También: DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward”, *op. cit.*, pp. 114-151, pp. 148-150.

<sup>54</sup> Para un análisis empírico de las razones de exclusión de la CISG: G. MEIRA MOSER, “Parties preference in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Uniform Law Review*, 20, 2015, pp. 19-55, especialmente pp. 49-53.

<sup>55</sup> En relación con UNIDROIT, ver: *Draft Triennial Work Programme 2017-2019*, disponible en: <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-13rev-e.pdf>.

Para la Conferencia de La Haya: Conclusions and recommendations adopted by the Council of March 2016, para. 333, disponible en: [www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs](http://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs).

Para la CNUDMI: A/CN.9/892 - Propuesta conjunta sobre la cooperación en el ámbito del derecho de los contratos comerciales internacionales (con hincapié en la compraventa), 24 de mayo de 2016. Y la posición favorable de la Comisión: Informe de la CNUDMI, A/71/17, 49th Session (27 Junio/15 Julio 2016), N° 278-282.

hasta la determinación, entre los textos existentes, de los más adecuados para cada tipo de transacción. En ese documento se haría referencia a los textos uniformes pertinentes de carácter legislativo, contractual o de otra naturaleza.

En el documento también se podría examinar la forma en que los textos y normas existentes se relacionan con nuevas cuestiones como el tratamiento jurídico de las cadenas de suministro mundiales.

Si fuera conveniente y viable, en el documento se podrían abordar de manera específica cuestiones pertinentes para diversos agentes jurídicos, incluidos legisladores, jueces y árbitros, asesores jurídicos y agentes comerciales. También podría constituir una referencia formativa sólida.

Cabe destacar que la elaboración del documento que se sugiere no supondría llevar a cabo una nueva labor legislativa. En ese documento se analizarían los textos existentes, se combinarían señalando sus interrelaciones y se consolidarían, también mediante la aclaración de si los textos han tenido escaso éxito o han sido reemplazados por otros más recientes”.

La estrategia conjunta, que ha sido puesta en práctica recientemente también en materia de garantías reales<sup>56</sup>, parece muy modesta en el resultado, pero es un primer paso necesario para una línea más progresista de acción. Ese primer paso se ha dado ya con la reciente creación del grupo de expertos que comenzará los trabajos a la vuelta del verano de 2017, de cara a la elaboración previsible de una guía legal, restando por ver de cara al futuro si se seguirá una línea más “agresiva” o “progresista”<sup>57</sup> en el sentido de dar una clara dirección interpretativa a los jueces y en general a los operadores en el comercio internacional. Sea como fuere, sin duda, esa estrategia conjunta debe ser elogiada. Apreciando, sin duda, este esfuerzo conjunto y coordinado, en mi opinión, el verdadero desafío en la interpretación y suplementación de lagunas así como en la eliminación de las barreras aplicativas de la CISG para su futuro radica en dos escenarios a considerar. En primer lugar, en los límites exteriores, o si se prefiere, en las fronteras que marcan o delimitan los contornos aplicativos de la Convención, y como consecuencia de ello en la necesidad de establecer un marco jurídico estable y claro para los sectores de la industria

<sup>56</sup> Textos sobre garantías reales preparados por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT: Comparación y análisis de las principales características de los instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas, disponible en: [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/security.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security.html).

<sup>57</sup> Como indica L. CASTELLANI, “Las tres dimensiones de la CNUCCIM”, 360ª de la *Compraventa Internacional de Mercaderías. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios*, A. CASTRO PINZON (Compiladora). Derecho Internacional de los Negocios, Tomo VI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 332-333: “Una posible forma de avanzar sería la preparación de un documento guía en derecho de contratos internacionales con enfoque en compraventa, así se armonizaría la CNUCCIM con otros textos uniformes (e.g., tratados, leyes modelo, disposiciones contractuales, etc.) relacionados con la compraventa internacional de mercaderías. Este documento puede acompañar al lector a través de asuntos relevantes, oscilando desde la escogencia de la ley aplicable hasta la modificación de disposiciones contractuales. Podrían discutir asuntos importantes que son regularmente relacionados con la CNUCCIM, pero que no son tratados directamente en el texto, tales como la prescripción, la compensación y contratos de distribución. También podría destacar el trabajo ya hecho con respecto a asuntos emergentes tales como el tratamiento mundial a las cadenas de suministro globales. Idealmente, este documento guía podría referirse específica y separadamente sobre asuntos específicos relevantes para varios actores legales como legisladores, jueces, árbitros y operadores comerciales y, a la vez puede proveer una referencia sólida para la enseñanza del derecho de compraventa. El trabajo de compilación, coordinación y consolidación –todas metas alcanzables sin un trabajo legislativo– pueden constituir una importante contribución al establecimiento de claridad en el campo al hacer un balance de los éxitos logrados en el pasado medio siglo. También podría ofrecer una imagen más clara de las lecciones aprendidas y las mejores prácticas invaluable en la persecución de una uniformidad legal y una ampliada libertad contractual”.

y el comercio activos en el área internacional. Aplicación extensiva de la Convención de Viena a contratos en los que existen incertidumbres sobre su aplicación, despejando las incertezas derivadas de la inexistencia de un derecho uniforme, pues no debe olvidarse que la Convención de Viena es básicamente el único Tratado internacional que existe en materia de contratos y lo hace en relación con el contrato de mayor importancia práctica en la vida comercial. Para ello es preciso no solo ensanchar el marco aplicativo de la Convención sino también la necesidad de ajustar, de ser el caso, las reglas de la CISG a las características especiales de esos contratos, tal y como sucede en relación con los contratos internacionales de distribución<sup>58</sup>, los contratos mixtos de compraventa y servicios, o para aclarar la aplicación en la CISG de los llamados sectores regulados<sup>59</sup>, el comercio de materias primas, y contratos con elementos de derecho público. Estos, entre otros, son los retos de futuro en la interpretación y aplicación dinámica de la Convención.

En segundo lugar, en el trabajo que progresivamente se va efectuando en el ámbito de la Convención de Viena en términos de aclarar cuestiones donde aún es discutible la aplicación de las normas de la Convención, como en el caso de problemas de agencia, las condiciones para la celebración del contrato, las transferencias de créditos, derechos y obligaciones, la prueba de defectos de los bienes, el procedimiento para determinar la no conformidad de los productos entregados, el pago de la restitución debido a la resolución del contrato, la prescripción, etc., y ello no solo en términos de la necesidad de encontrar principios generales en el ámbito de la Convención, como manda el art.7.2 CISG, sino también en términos de si, en su defecto, sería legítimo recurrir a los Principios UNIDROIT antes que a la aplicación del derecho nacional.

Todo lo anterior lleva al resultado de que los retos y desarrollos futuros en materia de interpretación e integración de los textos del DUCI, y en particular la CISG pasa por un desarrollo expansivo de esos textos que sirva para atraer al derecho uniforme los bordes o límites exteriores o si se prefiere sirva para ensanchar los límites aplicativos de los textos del DUCI, de tal forma que, por ejemplo, la CISG extienda su ámbito de aplicación más allá de las fronteras tradicionales y clásicas.

<sup>58</sup> P. PERALES VISCASILLAS, "Extending the scope of the 1980 Vienna Convention on The International Sale of Goods to Framework Distribution Contracts", *35 Years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration*, vol. 19, I. Schwenzler (ed.), Eleven International Publishing, 2016, pp. 115-138.

<sup>59</sup> Aunque limitado al ámbito del sector gasista: P. PERALES VISCASILLAS, "Las conexiones internacionales por gasoductos: contratos de interconexión y de capacidad", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 20, 2017. Idem., CISG and Strategic Commodities (The example of Gas in Europe). *Mélanges en L'Honneur du Professeur Claude Witz*. Lexis Nexis, 2018, pp. 633-651.

# Incorporación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías al derecho colombiano

Jorge Oviedo Albán<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. Sentencias de la Corte Constitucional. 1. Constitucionalidad de la Convención. Corte Constitucional, sentencia C-529 de 2000. 2. Constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil. Sentencia C – 1008 de 2010. III. Corte Suprema de Justicia. 1. Mitigación de Daños. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. 2. Terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Sentencia de 30 de agosto de 2011. 3. Imprevisión contractual. Sentencia de 21 de febrero de 2012. IV. Menciones en laudos arbitrales. 1. Laudo arbitral Augusto Ruiz Corredor vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A., de 2002. 2. Laudo arbitral Unibase Ltda., vs. Panamco Colombia S.A., de 2005. 3. Laudo arbitral Compañía de Remolcadores Marítimos S.A., Coremar S.A., vs. Rosales S.A. de 2005. 4. Laudo arbitral Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Ltda., marzo 26 de 2007. 5. Laudo arbitral Mansarovar Energy Colombia Ltda., vs. Ecopetrol S.A., de 2010. 6. Laudo arbitral Electricadora de Santander S.A. ESP vs. Central Termoeléctrica El Morro 1 S.A. ESP octubre 28 de 2008.

## I. Introducción

El que a la fecha sean 91 los países que han suscrito la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, entre los cuales se encuentran los grandes actores de la economía mundial, es razón suficiente para explicar la importancia de la misma en el proceso de construcción de un derecho uniforme aplicable

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Bogotá).

a los contratos internacionales, toda vez que gran parte de las operaciones de venta –y también de aquellas que sin ser compraventas en estado “puro”, caen bajo el ámbito de aplicación de la Convención– celebradas entre contratantes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes que a su vez sean parte de la Convención, o bien porque las reglas de Derecho internacional privado determinen la aplicación de la ley de un Estado que sea parte de la misma (ambas posibilidades ex art. 1.1.a y b).

Además de ello, a partir de la Convención se ha gestado y desarrollado el proceso de modernización de Derecho de contratos, reflejado en instrumentos de *soft law* tales como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales; los Principios de Derecho Europeo de Contratos; los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos y también en instrumentos comunitarios de la Unión Europea tal como la Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Así también, varias reformas legislativas realizadas en diversos países han tenido en cuenta la Convención y también decisiones de tribunales estatales la han considerado para hacer una relectura de las normas vigentes<sup>2</sup>.

Al momento de preparación de este trabajo, 15 países de América Latina y el Caribe han suscrito la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la que se encuentra en vigor para 14 de ellos<sup>3</sup>. Los países que la han suscrito son: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guyana, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Venezuela, no obstante que firmó la Convención no la ha ratificado.

Ahora, no obstante la adhesión formal de la Convención esta todavía no ha tenido mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial en estos países. Salvo el caso de Argentina, Chile y México, donde existen estudios doctrinales de obligada referencia y donde se han dictado varios fallos en aplicación de la Convención, en los demás países no sucede lo mismo<sup>4</sup>. Sin el ánimo de criticar los distintos puntos de vista que puedan existir sobre la Convención y la forma como regula diversos temas del contrato de compraventa, se advierte en ciertos ámbitos una negativa infundada a reconocer su importancia dogmática y práctica. Ello tal vez por desconocimiento de la importancia que la Convención tiene en el Derecho de contratos contemporáneo y lo que es más grave aún: sin reconocer que con seguridad la mayoría de contratos de compraventa celebrados a propósito de operaciones de importación y exportación de bienes están siendo regidos por ella. Es por ello que conviene, sin desconocer la tradición jurídica, reconocer la presencia de la Convención en el Derecho latinoamericano y acometer el

<sup>2</sup> Véase: A. M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 26-29. Á. VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 11; R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 82-85.

<sup>3</sup> Según información disponible en: <http://www.uncitral.org>.

<sup>4</sup> En <http://www.cisgspanish.com>, página de la Universidad Carlos III de Madrid y en <http://www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>, de Pace University, pueden encontrarse los textos completos de fallos latinoamericanos en aplicación de la Convención.

estudio y difusión de la misma para de esta forma preparar a los abogados asesores de negocios internacionales de forma que estén en posibilidad de emitir conceptos y asesorías debidamente fundamentados.

Para los efectos propios de este trabajo, conviene recordar que en Colombia la Convención fue aprobada por la Ley 518 de 1999. La Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad mediante sentencia C-529 de 2000. El 10 de julio de 2001 se depositó el instrumento de adhesión. Por medio del Decreto 2826 de 2001 fue promulgada y conforme a su artículo 99 entró a regir el 1º de agosto de 2002.

A la fecha no se han emitido fallos de jueces estatales o tribunales arbitrales colombianos en aplicación directa de la Convención. Lo único que se encuentra son algunas decisiones que la han citado en sus argumentos para reforzar la interpretación dada a la ley aplicable. Por esto, puede decirse que la aplicación de la Convención en Colombia se encuentra en estado “pendiente”. De todas maneras y para los efectos de este artículo, se ha querido rastrear aquellas decisiones con el fin de dejar consignado el que puede ser un primer acercamiento jurisprudencial colombiano a la Convención.

## II. Sentencias de la Corte Constitucional

Los fallos que se citan en este acápite no corresponden a operaciones de compraventa internacional. Como se verá, se trata de decisiones de la Corte Constitucional colombiana en ejercicio de su función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos conforme al artículo 241 numerales 4 y 10 de la Constitución Política.

### 1. Constitucionalidad de la Convención. Corte Constitucional, sentencia C-529 de 2000

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política, conforme al cual corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias la Presidencia de la República remitió a la Corte la Ley 518 de 1999 aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

La Corte se pronunció favorablemente sobre la exequibilidad de la Convención y de su ley aprobatoria mediante sentencia C – 529 de 2000.

En las consideraciones de la decisión, la Corte expone la importancia de la unificación para lograr la integración económica con otros Estados, reconociendo que este es un postulado expresamente consagrado en la Constitución. Igualmente, destaca la coincidencia entre la Convención y la legislación interna: tanto la Constitución, como los Códigos de Derecho Privado, en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como fundamento de los contratos, la buena fe, libertad de forma y de prueba, tal como se resalta en los

párrafos transcritos a continuación<sup>5</sup>:

“3. Constitucionalidad de la convención.

«3.2.1. La integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Artículo 150 N°. 16). En la Convención que se analiza se observa que dichos postulados efectivamente se cumplen pues al lograr unificar la normatividad sobre la compraventa de mercaderías internacionales se hace más expedito para los particulares, ubicados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual seguramente repercutirá también en la calidad de vida de los habitantes de las naciones donde están radicadas las partes que realizan dichos negocios.

(...)

«3.2.2. La Convención no desconoce la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que aquella no obstaculiza el derecho a la libertad que estas tienen para contratar de acuerdo con los artículos 13, 16 y 333 de la Carta Política. En tal virtud, es permitido que las partes que celebren el respectivo contrato puedan excluir, total o parcialmente, la aplicación de sus disposiciones, en forma tácita o expresa de conformidad con el artículo 6 del Instrumento internacional que se analiza.

(...)

«3.2.3. Igualmente, el ejercicio de la actividad mercantil que desarrollan los particulares con otros ciudadanos de Estados diferentes debe hacerse bajo el principio de la buena fe, tal como lo exige la Convención en su numeral 1° del artículo 7°.

« Dicho principio debe observarse no solamente en las relaciones contractuales o negociales; en las relaciones entre particulares y los Estados sino, igualmente, en las actuaciones procesales.

« Conforme a lo anterior, el principio de la buena fe recogido en la Convención (...) se encuentra conforme al postulado de la Carta Política de la buena fe.

« 3.2.4. Para realizar un negocio jurídico de compraventa bajo los parámetros de la Convención no se necesita que este conste por escrito. (...) pero si en el Estado adherente su legislación interna no permite la celebración, modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito deberá hacerse la respectiva reserva de la mencionada disposición de conformidad con el artículo 96 de la Convención (...)

« Colombia no tendría que hacer una declaración o reserva sobre el particular, por cuanto nuestra legislación comercial no exige que la compraventa de mercaderías se realice necesariamente por escrito. En efecto, el artículo 824 del Código del Comercio,

expresa que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco, salvo cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, en cuyo caso, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

« 3.2.5. Por otro lado, las normas que contiene la Convención van en procura de promover la internacionalización de las relaciones económicas fundamentándose en la “soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional...” (Artículos 9° y 226 de la Carta Política). Esto se concluye de la Convención, pues los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en ella regulados facilitan y promueven el comercio internacional de Colombia con los demás países del mundo. Además, los principios y regulaciones que informan dicho Instrumento se adecuan a los lineamientos de nuestra Constitución, porque se fundamentan en la soberanía, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia”.

## 2. Constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil. Sentencia C – 1008 de 2010

La Corte Constitucional, en sentencia C- 1008 de 9 de diciembre de 2010 decidió sobre una acción de inconstitucionalidad contra el primer párrafo del artículo 1616 del Código Civil<sup>6</sup>. Los demandantes consideraron que la norma violaba además del preámbulo, los artículos 1°, 2, 13, 58, 228 y 250 de la Constitución, dado entre otras cosas, que el artículo mencionado establece un límite a la indemnización de perjuicios cuando no haya dolo del deudor, impidiendo de esta forma una indemnización integral en caso en que los perjuicios superen el monto de los daños previsibles.

En sus consideraciones, la Corte mencionó que la norma demandada no despoja al acreedor de tutela resarcitoria pues el deudor incumplido, sea doloso o culposo responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque haya una limitación de los daños por los que responde el deudor no doloso, señalando que el criterio de la previsión de los daños es también un parámetro acogido en instrumentos como la Convención sobre Compraventa Internacional y los Principios de UNIDROIT<sup>7</sup>. En efecto, así lo señaló en algunos de sus apartados:

“4.1. La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista.

<sup>6</sup> Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1008, 9 de diciembre de 2010, Exp. D- 8146, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. En los apartes transcritos se han omitido algunas referencias a doctrina y fallos que pueden consultarse en el texto completo de la decisión.

Esta orientación se encuentra plasmada fundamentalmente, en lo que atañe a la primera especie, en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y en lo que concierne a la segunda, en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización.

« 4.2. En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

« 4.3. El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero y (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 *ibídem* señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extracontrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:

« (...) 4.3. (sic) De otra parte, la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación. En este sentido cabe mencionar que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adopta como parámetro para establecer la magnitud de la indemnización del perjuicio la previsibilidad del daño. En el artículo 74 prevé que este *“no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”*.

« De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la celebración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica.

« En similar sentido, los Principios sobre Contratos de la UNIDROIT (art. 7.4.4.), contem-

plan la previsibilidad del daño como medida de lo resarcible al prescribir que: *“la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”*.

«4.4. De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil *contractual* continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la UNIDROIT, acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios.

Cabe destacar que la sentencia no menciona expresamente los artículos de la Convención ni de los Principios de UNIDROIT pero se entiende que son en su orden el artículo 74 y el 7.4.4. De todas maneras, cabría agregar que la Corte no reparó en una diferencia que existe entre estas disposiciones y las del Derecho interno, consistente en que el ellas no se diferencia en si dichos perjuicios provienen de dolo o no del deudor. Según la Corte:

“Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT, lo que reafirma su razonabilidad”.

### III. Corte Suprema de Justicia

Algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia colombiana han citado a la Convención en sus consideraciones. Pero, como se advertirá, tales fallos no son precisamente decisiones que la hayan aplicado a operaciones de compraventa internacional, sino que tan sólo han hecho referencia a ella en sus argumentos. De todas maneras, este no es un dato menor, pues denotan un cierto interés de la Corte en reforzar su interpretación también con una mirada hacia este tratado internacional.

#### 1. Mitigación de Daños. Sentencia de 16 de diciembre de 2010.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 2010 la Corte se refirió en sus consideraciones a la Convención, aunque la discusión no giró en torno a un contrato de compraventa propiamente tal. En efecto, en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia colombiana, acogió la figura de la mitigación de daños apoyándose en sus razonamientos en la forma como esta se encuentra consagrada en la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de mercaderías, adoptada en Colombia por medio de la Ley 518 de 1999.

El caso se refirió a los siguientes hechos: la Sociedad Marítimas Internacionales Ltda., celebró un contrato de transporte de 1.015,97 toneladas de fosfato bicálcico con Distribuidora Petrofert Ltda., teniendo como destinataria a la Caja Agraria, siendo su agente aduanero Almagrario S.A. El transporte se realizaría por vía marítima a cargo de otra sociedad colombiana. La nave llegó al puerto de Barranquilla a las 15:40 horas del 27 de noviembre de 1982 a la espera de poder atracar en los muelles de la terminal, para lo que se necesitaba que previamente el destinatario cancelara los fletes respectivos.

Transcurrieron cinco meses sin que la demandante pudiera descargar las mercancías, por lo cual el 25 de marzo de 1983 inició la acción correspondiente para descargar y obtener la orden de remate y de esta forma obtener los recursos para el pago de fletes y demás gastos ocasionados. Ante ello, se demandó a la Caja Agraria, Almagrario y Distribuidora Petrofert Ltda., por los daños ocasionados. El juzgado de conocimiento decidió en fallo de 3 de septiembre de 1996, negar las pretensiones de la demanda basado en que no estaba probada la culpa de las demandadas.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia confirmó el fallo de primera instancia en relación con la Caja Agraria, al considerar que no se había probado una conducta dolosa o culposa de esta última, debido a que entre las partes del contrato se había pactado la apertura de una carta de crédito con un banco corresponsal extranjero que estaba destinado al pago de los fletes generados por el transporte del fosfato bicálcico. No obstante, condenó a Distribuidora Petrofert Ltda., al pago de los fletes respectivos.

La sociedad demandante interpuso recurso de casación para que se extendiera la condena a la Caja Agraria. La Corte analizó la conducta que le correspondía a la empresa transportadora y entre otras consideraciones precisó el deber que asume la víctima del daño en orden a mitigarlo tomando como ejemplo de su inserción en el Derecho colombiano el artículo 1074 del Código de Comercio y el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías incorporada al ordenamiento nacional mediante Ley 518 de 1999<sup>8</sup> y sobre esta base concluyó, sin casar la sentencia, que quien sufre el daño debe procurar en lo posible y sin que ello le signifique asumir nuevos riesgos, afectaciones o gastos desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales<sup>9</sup>. Las siguientes son las palabras de la Corte:

“En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos

<sup>8</sup> La norma citada dispone: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.”

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, disponible en: <http://www.cisgspanish.com>.

o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

» Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como “una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que está dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido” (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda<sup>10</sup>.

La Corte finalmente, señaló que el Tribunal interpretó correctamente el artículo 1033 del Código de Comercio y destacó que,

“...ciertamente el ejercicio “negligente” –en el sentido de *tardío*– que ese juzgador atribuyó a la actora respecto de los derechos consagrados en ese precepto, bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil, reduciendo la indemnización que se impuso a la demandada Distribuidora Petrofert Limitada, o a estimar, desde otra óptica, relacionada con la anterior pero diversa de ella, que la aquí demandante no se encontraba legitimada para reclamar la totalidad del perjuicio que padeció si estuvo en la posibilidad de adoptar medidas razonables para aminorar o reducir las consecuencias dañosas del hecho ilícito que le endilgó a las demandadas”<sup>11</sup>.

## 2. Terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Sentencia de 30 de agosto de 2011

En fallo de 30 de agosto de 2011 la Corte Suprema también se refirió a la Convención en sus consideraciones, tampoco la aplicó o la utilizó para hacer alguna reinterpretación del Derecho nacional. El caso se refirió a lo siguiente: se celebraron contratos de afiliación o vinculación de vehículos entre empresas establecidas en Colombia. El demandante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento contractual o en subsidio, su resolución, y en uno u otro caso, condenarla a pagar la indemnización de los daños causados en la cuantía respectiva debidamente indexada más intereses. La pretensión se fundamentó en la terminación unilateral de los contratos lo que según el demandante se constituyó en incumplimiento además de contrariar la buena fe y la prórroga automática pactada al finalizar su duración mínima anual,

<sup>10</sup> *Ibidem* (nota 9).

<sup>11</sup> *Ibidem* (nota 9).

cuando las partes no los terminaban de mutuo acuerdo en los treinta días precedentes.

El juez de primera instancia, en fallo de 20 de diciembre de 2006 desestimó las excepciones perentorias, la objeción por error grave al dictamen pericial y declaró la responsabilidad civil contractual de la demandada por la desafiliación de los automotores, condenándola a pagar daños y costas. El Tribunal de apelaciones decidió en sentencia de 3 de junio de 2009 revocar la sentencia y condenó en costas al demandante.

Tras resolver el recurso respectivo, la Corte Suprema no casó la sentencia. En sus consideraciones expresó que la terminación unilateral del contrato por incumplimiento está admitida en ciertos casos específicos en la legislación colombiana, pero además, fue pactada por las partes. En su razonamiento, la Corte Suprema de Justicia citó la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de UNIDROIT al determinar que los artículos 49 a 64 de la Convención aprobada en Colombia por la Ley 518 de 1999, autorizan a cada parte para declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial, y diferir el cumplimiento en los contratos con entregas sucesivas cuando es manifiesto “que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones” por las causas señaladas (resolución por anticipación, *anticipatory breach of contract*). Igualmente hizo referencia a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, señalando que estos establecen el derecho de una parte a resolver el contrato si el incumplimiento de la contraparte constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1.1) o, si antes de la fecha de ejecución del contrato existe certeza que el deudor incurrirá en incumplimiento esencial, el acreedor puede resolverlo (art. 7.3.3), en cuyo caso “[e]l derecho a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte” (art. 7.3.2.1)<sup>12</sup>.

### 3. Imprevisión contractual. Sentencia de 21 de febrero de 2012

Se presentó demanda para que por proceso ordinario se revisara un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. El juez de primera instancia y el Tribunal de apelaciones negaron las pretensiones, lo que fue ratificado por La Corte Suprema en casación, al no admitir que en el caso en cuestión hubiera imprevisión.

En las consideraciones, la sentencia de casación hace un importante recuento histórico-comparativo sobre la teoría de la imprevisión, sus requisitos, etc., y también menciona la forma como está consagrada en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y además, aunque sin decirlo expresamente, parece asumir que el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías sobre fuerza mayor también la

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas, disponible en: <http://www.cisgspanish.com>.

incorpora<sup>13</sup>, tema que resulta discutible<sup>14</sup>. Las siguientes fueron las palabras de la Corte:

“La Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG), incorporada al derecho interno por Ley 518 de 1999 (D.O. 43.656, agosto 5 de 1999, exequible según sentencia C- 529 de 1999, promulgada por Decreto 2826 de 2001), si bien carece de previsión, en el artículo 79 prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, probando “que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”, y en cualquier caso, la *lex mercatoria* propugna por las cláusulas (*hardship*) o la revisión del contrato”.

## IV. Menciones en laudos arbitrales

A partir de estos laudos, que por su importancia se reseñan a continuación, pueden destacarse dos tendencias. La primera, es a hacer referencia a la Convención para señalar que la solución a algún caso específico contemplada en las normas del Código Civil o las interpretaciones de la jurisprudencia nacional, tiene su equivalente en la Convención. Aquí, de alguna manera, la referencia que se hace a la Convención es para reforzar la interpretación dada a las normas nacionales en los casos de Derecho interno. La segunda tendencia, acogida ya en otras latitudes como se citó, es a aplicar la Convención por analogía a los casos de derecho interno, considerando que las fuentes nacionales no contengan solución al punto controvertido y que la Convención es parte del Derecho nacional.

### 1. Laudo arbitral Augusto Ruiz Corredor vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A., de 2002

En el Laudo Arbitral dictado en el caso Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A., de 2002, el Tribunal al plantear sus consideraciones en punto de dos de los requisitos exigidos conforme a la ley colombiana (art. 868 del Código de Comercio) para que se configure la excesiva onerosidad sobreviniente, determinó que la imprevisibilidad se refiere a consideraciones personales de las partes que deben tenerse en cuenta y en su argumentación citó el artículo 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT donde “...se señala como uno de los requisitos para que se aplique la excesiva onerosidad

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, disponible en: <http://www.cisgspanish.com>. Se resalta en las consideraciones la opinión de la Corte al decir que las partes de un contrato pueden acoger a los Principios de Unidroit como ley del contrato mismo siempre y cuando no se viole la ley nacional imperativa. Además, insiste en que los jueces pueden asumirlos para interpretar los instrumentos internacionales o nacionales.

<sup>14</sup> Independientemente de las diversas opiniones que el tema genera en la doctrina se sugiere revisar la opinión N° 7 CISG – AC conforme a la cual: 3.1 Un cambio de circunstancias que no pudiera ser razonablemente previsto, haciendo su cumplimiento excesivamente oneroso (“hardship”), puede calificarse como un “impedimento” de acuerdo con el artículo 79(1). El tenor literal del artículo 79 no equipara expresamente el término “impedimento” con una circunstancia que haga el cumplimiento absolutamente imposible. Por lo tanto, una parte que se encuentre a sí misma en una situación de “hardship” puede invocarlo como una causa de exoneración de la responsabilidad en aplicación del artículo 79.

3.2 En una situación de “hardship” bajo el artículo 79, la Corte o el Tribunal arbitral podrán estipular otros derechos adicionales consecuentes con la CISG y los principios generales en que se basa”. Opinión N° 7 de la CISG-AC, Exoneración de responsabilidad por daños bajo el artículo 79 de la CISG, Ponente: Profesor Alejandro M. Garro, disponible en: <http://www.cisgac.com>.

que los sucesos no debieron ser razonablemente previstos (art. 6.2.2.)” y cito por vía de referencia la Convención señalando:

“En este punto conviene recordar que este criterio subjetivo es el que acoge la Convención de Viena sobre compraventa internacional, que será aplicable en Colombia a partir de agosto de 2002, para determinar si existe un evento exoneratorio”, en cita del artículo 79<sup>15</sup>.

## 2. Laudo arbitral Unibase Ltda., vs. Panamco Colombia S.A., de 2005

En las consideraciones contenidas en el Laudo Unibase Ltda., vs. Panamco Colombia S.A., de 2005, el Tribunal hizo referencias a la Convención para expresar que ciertas reglas del Código Civil encuentran soluciones similares en aquella, tales como deducir la voluntad contractual de lo que resulte de la ejecución del contrato; la verdadera intención de las partes deducida de las manifestaciones previas a la celebración del contrato o su ejecución y el valor de la buena fe<sup>16</sup>.

## 3. Laudo arbitral Compañía de Remolcadores Marítimos S.A. Coremar S.A., vs. Rosales S.A. de 2005

En el Laudo, Compañía de Remolcadores Marítimos S.A. Coremar S.A., vs. Rosales S.A. de 2005 se hizo una cita de la Convención en las consideraciones, para señalar que no obstante el Código Civil no contiene como regla de interpretación del contrato la posibilidad de acudir a l período precontractual, esta si se encuentra en la Convención, señalando además que la misma hace parte del ordenamiento interno. Dijo así el Tribunal en la parte correspondiente:

“...al fijar las reglas de interpretación de los contratos no establece como uno de los elementos a tener en cuenta los actos realizados en el período precontractual, es claro sin duda que los mismos pueden indicar claramente cuál es la intención común de los contratantes, y es por ello que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, que hace parte del ordenamiento interno a partir de la Ley 518 de 1999, en su artículo 7º dispone que para determinar tal intención puede acudir a las negociaciones realizadas. La misma regla se incluye en los Principios de Contratación Comercial de UNIDROIT”<sup>17</sup>.

## 4. Laudo arbitral Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Ltda., marzo 26 de 2007

En el Laudo Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Ltda., marzo 26 de 2007,

se citó la Convención para señalar que la solución del Código Civil colombiano para determinar si un contrato es de obra o de venta en los casos en que el comprador o el artífice suministren la materia prima. En este mismo sentido hizo referencia a la Convención el Laudo arbitral Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda., de 2000 y en el Laudo Astecnia S.A. vs. Francocolombiana de Construcción Ltda., de 2005<sup>18</sup>.

## 5. Laudo arbitral Mansarovar Energy Colombia Ltda., vs. Ecopetrol S.A., de 2010

En el Laudo Mansarovar Energy Colombia Ltda., vs. Ecopetrol S.A., de 2010, se hacen varias referencias a la Convención. Una de ellas, para invocar las reglas de interpretación del artículo 8º insistiendo en que esta hace parte del ordenamiento nacional y por ello aplicable a cualquier contrato. Así lo precisó el Tribunal:

“Como se puede apreciar, de acuerdo con este texto legal, cuando no es posible conocer la intención de quien hace la declaración debe acudir al sentido que a dicha declaración le habría dado una persona razonable. Si bien este criterio no está expresamente previsto en el Código Civil, considera el Tribunal que el mismo es perfectamente aplicable a cualquier contrato y es por lo demás un corolario de la denominada carga de claridad en la celebración del contrato, que impone a las partes ser claras en su manifestación, so pena que el sentido del contrato se determine por el juez de acuerdo a lo que el mismo pueda establecer”<sup>19</sup>.

En otro apartado, el laudo se refirió a la Convención para señalar que la interpretación asumida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de junio de 1989 en la que se consideró que los tratos preliminares sirven para interpretar la verdadera intención de las partes, encuentra equivalente en el artículo 8º numeral 3º de aquella. Esto último había sido ya planteado en el mismo sentido en el Laudo Limpieza Metropolitana S.A. ESP — LIME S.A. ESP vs. Centro Único de Procesamiento de la Información Comercial del Servicio de Aseo S.A. — CUPIC S.A. de 2008 y lo reitera otro laudo: Ecopetrol S.A. vs. Hupecol Caracara LLC y Cepsa Colombia S.A. —Cepcols—18 de 2009<sup>20</sup>.

## 6. Laudo arbitral Electrificadora de Santander S.A. ESP vs. Central Termoeléctrica El Morro 1 S.A. ESP octubre 28 de 2008

Por otra parte, en el Laudo Electrificadora de Santander S.A. ESP vs. Central Termoeléctrica El Morro 1 S.A. ESP Octubre 28 de 2008, de manera expresa se señaló que la Convención puede ser aplicable por analogía a los casos de Derecho interno en los eventos en que las fuentes de este resulten insuficientes para regular los temas objeto de debate. En

<sup>15</sup> Tribunal de Arbitramento, Arbitral, *Augusto Ruiz Corredor y Cia. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A.*, mayo 30 de 2002, Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>16</sup> Tribunal de Arbitramento, *Unibase Ltda., vs. Panamco Colombia S.A.*, agosto 1º de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>17</sup> Tribunal de Arbitramento, *Compañía de Remolcadores Marítimos S.A. Coremar S.A., vs. Rosales S.A.*, noviembre 11 de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>18</sup> Tribunal de Arbitramento, *Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda.*, agosto 31 de 2000, Cámara de Comercio de Bogotá; Tribunal de Arbitramento, *Astecnia S.A. vs. Francocolombiana de Construcción Ltda.*, junio 14 de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>19</sup> Tribunal de Arbitramento, *Mansarovar Energy Colombia Ltda. vs. Ecopetrol S.A.*, febrero 12 de 2010, Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>20</sup> Tribunal de Arbitramento, *Limpieza Metropolitana S.A. ESP — LIME S.A. ESP, vs. Centro Único de Procesamiento de la Información Comercial del Servicio de Aseo S.A. — CUPIC S.A.*, febrero 8 de 2008. Tribunal de Arbitramento *Ecopetrol S.A. vs. Hupecol Caracara LLC y Cepsa Colombia S.A. —Cepcols—* junio 18 de 2009.

efecto, al considerar el Tribunal el plazo en que debe darse el conocimiento del oferente de la aceptación tácita del destinatario, señaló:

“La Convención de Viena de 1980 - Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, regula específicamente esta materia en su artículo 19: (...) Colombia ratificó dicho convenio en julio de 2001, entrando en vigor el 1º de agosto de 2002, de tal suerte que sus disposiciones son aplicables a los contratos comerciales internacionales de compra venta de mercaderías celebrados en nuestro territorio, pero además sirve de fuente jurídica para resolver cuestiones o conflictos mercantiles que la ley y las costumbres nacionales o la aplicación del principio de analogía no sean suficientes para tal efecto. Nuestra normatividad solo contempla disposiciones generales sobre el término del plazo para aceptar una oferta (6 días) cuando las partes no han convenido plazo diferente (art. 851 Código de Comercio), y remite la aceptación tácita de la oferta a dichos términos. De ahí que la regulación contenida en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1980 es aplicable al caso que nos concierne, dada su especialidad en aplicación del principio general de analogía y de lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Comercio”<sup>21</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Lo planteado en este trabajo ha buscado demostrar algunos niveles de influencia de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en el Derecho colombiano. De esta manera, frente al primer aspecto, es decir: la incorporación de la Convención como instrumento regulador de contratos internacionales, a pesar de la adopción de la misma por varios países de América Latina, su aplicación práctica al menos en Colombia, sigue siendo un tema aún pendiente en los tribunales. La posible influencia jurisprudencial, se advierte la presencia de algunos pocos fallos y tal vez además aislados, que van abriendo el camino hacia una relectura de las reglas codificadas en clave de Derecho moderno.

Todo conduce a afirmar que la influencia en América Latina de los instrumentos que componen el nuevo Derecho de la contratación, es un proceso que requiere todavía decantación y frente a ello, cabría esperar que por vía de interpretación se genere un escenario que ayude a la creación de un clima favorable para la modernización, preferible al legislativo, que al menos en algunos países no se vislumbra como una opción real en el corto plazo.

<sup>21</sup> Tribunal de Arbitramento, *Electrificadora de Santander S.A. ESP vs. Central Termoelectrica El Morro 1 S.A. ESP*, octubre 28 de 2008, Cámara de Comercio de Bogotá.

# La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y su aplicación judicial en Chile. Acertada y desacertada aplicación<sup>1</sup>

Álvaro Vidal Olivares<sup>2</sup>

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Las interrogantes objeto del trabajo. **III.** Consideraciones previas para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas. 1. Condiciones de aplicación. 2. La relación de la CISG con el derecho interno. A) Ámbito material, exclusiones y restricciones. B) Integración de lagunas. 3. La interpretación de las disposiciones de la CISG. **IV.** Las interrogantes que ofrece la aplicación de Viena por los Tribunales chilenos. 1. Exclusión tácita de la CISG. 2. Sentido y alcance de la reserva del artículo 96 CISG. 3. Errónea interpretación y aplicación de la CISG.

## I. Introducción

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías –en adelante, CISG (*Convention International Sales of Goods*)– es ley de la República de Chile desde el mes de marzo de 1991, sin embargo, su aplicación por los tribunales estatales es reciente. Solo en la última década encontramos sentencias de Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema que se pronuncian sobre su aplicación resolviendo conflictos en torno a la ejecución de compraventas internacionales de mercaderías. Creemos que las razones que explican esta reciente y, a la vez, escasa aplicación al menos son dos.

<sup>1</sup> El presente trabajo se inserta en el marco de ejecución del Proyecto Fondecyt Nº 1181212 del que el autor es investigador responsable y recoge, en parte, los resultados de investigación que aparecen en la publicación titulada “Aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías por los Tribunales de justicia chilenos”, en Mecanismo alternativo de solución de conflictos, estado actual, problemas existentes y propuestas de solución, Thomson Reuters, 2018.

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl.

La primera: al ser Chile un país exportador, los conflictos contractuales que origina la entrega de las mercaderías, usualmente, son conocidos por tribunales, estatales o arbitrales, con sede en el Estado del establecimiento del comprador o de otro estado.

Y, la segunda –acaso la más inquietante–: el desconocimiento de las disposiciones de la CISG por los operadores jurídicos siguiéndose como consecuencia que conflictos relativos a compraventas internacionales, debiendo resolverse de acuerdo a la CISG, se fallan con arreglo al derecho privado interno (Código de Comercio o Código Civil chilenos), o de acuerdo a sus disposiciones, sin una adecuada aplicación de las mismas. Resulta especialmente preocupante advertir que las sentencias que sí aplican la CISG muestran una notoria falta de comprensión del sistema que la Convención establece, de sus normas y de los principios generales en que ella se basa, al punto que, en casi todos los casos, los sentenciadores resuelven el conflicto aplicando, al mismo tiempo, el derecho interno y el de la CISG y, en otros, más graves aún, exclusivamente el primero. En todo caso, la constante es que en todos los fallos que se examinan en este trabajo los sentenciadores emplean criterios y términos del todo ajenos a la CISG.

Es del caso destacar que, pese a que el actual desarrollo dogmático del derecho de contratos en Chile sigue, en buena parte, el modelo de la CISG, la regla es que los jueces estatales persistan en una lectura de las disposiciones de esta última como si fuesen normas del derecho civil o comercial interno y, no solo eso, sino que en su comprensión más tradicional. Advertimos una inexplicable disociación entre la dogmática del derecho de contratos chileno y la práctica judicial en lo que toca a la resolución de cuestiones sometidas a la CISG.

Estas consideraciones, entre otras, sirven de justificación suficiente para una revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de la CISG en Chile.

## II. Las interrogantes objeto del trabajo

La revisión de las sentencias que hemos seleccionados, suscitan algunas cuestiones, cuya solución la hallamos en las reglas y principios en que se basa la CISG.

Tales cuestiones son: 1) Las condiciones bajo las cuales opera la exclusión tácita de la CISG; 2) El verdadero sentido y alcance de la reserva chilena del artículo 96 de la CISG; y, en fin, 3) La errónea interpretación y aplicación de la disciplina de la falta de conformidad que prevé la CISG, al confundirla con el régimen general del incumplimiento del Código Civil chileno. En síntesis, las cuestiones planteadas lo son de integración, de aplicación y de interpretación de la CISG.

## III. Consideraciones previas para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas

Antes que todo revisemos las condiciones de aplicación de la CISG; su ámbito material –sus exclusiones y el mecanismo para la integración de sus lagunas– e interpretación.

### 1. Condiciones de aplicación<sup>3</sup>

Conforme con el artículo 1º las condiciones que activan la aplicación de la CISG son:

- Que sea una compraventa de mercaderías (la CISG no define ni la compraventa<sup>4</sup> ni las mercaderías<sup>5</sup>)
- Que tenga el carácter de internacional y lo tendrá en la medida que las partes tengan su establecimiento en Estados diversos; y
- Que exista una relación directa o indirecta entre la compraventa internacional y la CISG, sea porque ambas partes tienen su establecimiento en Estados partes, sea porque la norma de conflicto determina, como ley aplicable, el derecho de un Estado contratante.

A estos efectos, el párrafo 3) del artículo 1º declara que no se tomará en cuenta ni la nacionalidad de las partes, ni su carácter civil o comercial, ni del contrato mismo.

Concurriendo estas condiciones, el derecho privado interno es desplazado por la CISG y el contrato queda sometido a esta última, sin perjuicio, como diremos, de las exclusiones de los artículos 4 y 5 y, además, de los vacíos que ella presente –artículo 7 (2) CISG–.

Sin embargo, las partes, en ejercicio de su libertad de pacto del artículo 6º pueden excluir la aplicación de la CISG, precepto que no llega a precisar si tal exclusión debe ser siempre expresa o, por el contrario, cabe también la exclusión tácita. Y si este es el caso, queda aún por definir cuándo se entiende que las partes han excluido tácitamente la CISG. El punto sí que reviste importancia en nuestro medio porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile ha interpretado ampliamente el citado artículo 6º, alejándose, incluso, de la historia de su establecimiento, de la doctrina y la jurisprudencia de otros Estados. Volveremos sobre el punto.

### 2. La relación de la CISG con el derecho interno.

#### A) Ámbito material, exclusiones y restricciones

Los artículos 4 y 5 de la CISG precisan sobre su ámbito material, al declarar que se aplica a la formación y a los efectos de la compraventa internacional y al excluir la

<sup>3</sup> Sobre las condiciones de aplicación del artículo 1º de la CISG, véase: I. SCHWENZER / P. HACHEM, "Art. 1º", en: Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Ed., Oxford, 2016, pp. 27-46.

<sup>4</sup> De las disposiciones de la CISG puede concluirse que a la compraventa se la concibe como un contrato que impone obligaciones recíprocas a ambas partes. Al vendedor de entregar mercaderías conformes y libres de derechos y pretensiones de terceros, junto con todos los documentos vinculados con las mercaderías; y, al mismo tiempo, al comprador a pagar el precio y recibir las mercaderías puestas a su disposición por vendedor. La vinculación contractual es garantía de la realización del contrato lo que supone un ensanchamiento del contenido contractual.

<sup>5</sup> Y las mercaderías del artículo 4 se infiere que comprenden las cosas corporales muebles, salvo las excluidas en razón de su naturaleza o propósito del comprador.

validez de las estipulaciones del contrato, los efectos que produzca sobre la propiedad de las mercaderías y los daños corporales o muerte que pudieren causar un defecto de las mercaderías. La pregunta es: ¿qué hay en común en todas estas materias? Y la respuesta es que todas refieren a aspectos del contrato sometidos a normas imperativas e indisponibles del Derecho interno con soluciones disímiles. Las aludidas exclusiones permiten la vigencia plena de la libertad de pacto del artículo 6º CISG. Sabemos que según tal disposición las partes pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la CISG o modificar sus disposiciones<sup>6</sup>.

Y las materias excluidas quedan sometidas al derecho interno que resulte aplicable de acuerdo a la norma del derecho internacional privado. Si pensamos en el derecho chileno, aquel estará representado por el Código Civil y otras normas especiales.

Al mismo tiempo, la CISG prevé ciertas restricciones a su ámbito material al permitir a los Estados contratantes hacer algunas reservas. Y una de ellas es la del artículo 96, que limita la autonomía de la voluntad al declarar inaplicable a los Estados, que hacen tal reserva, la libertad de forma que la CISG reconoce a las partes, y en su lugar se conserva la exigencia local de escrituración del contrato, sea como requisito para su validez, sea para su prueba en juicio. La regla que se aplica es la de la ley del foro del Estado que hizo la reserva. El Estado de Chile hizo esta reserva, cuyo sentido y alcance desentrañaremos al examinemos los fallos que aplican la CISG.

## B) Integración de lagunas

Respecto de las materias que no se encuentran expresamente resueltas por la CISG, el artículo 7º (2) contiene una regla que privilegia su autointegración al prever como primer dispositivo el de los principios generales en que ella se basa –siendo de especial consideración los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (PCCI)–. No quiere decir que los PCCI constituyan tales principios subyacentes, mal podría afirmarse si se considera la fecha de elaboración de su primera versión de 1994. Otra cosa distinta es, como lo hemos expresado antes, que las disposiciones de los PCCI sirvan para darle contenido y forma a los principios subyacentes de la CISG que se extraigan, sea de su antecedente inmediato (las Leyes de la Haya de 1964), de la historia de su establecimiento, de su contexto o de sus disposiciones particulares<sup>7</sup>. Para ilustrar lo que hemos expresado, pensemos en la regla que fija los intereses, en la prueba de la existencia y extinción de las

<sup>6</sup> Pensemos en los elementos de la naturaleza y los accidentales, los primeros integran la regla contractual mientras la voluntad de las partes no los suprime o modifique a través de un elemento accidental. Sobre el alcance del artículo 6 de la CISG, véase: I. SCHWENZER / P. HACHEM, "Art. 6º", en: Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Ed., Oxford, 2016, pp. 101-118.

<sup>7</sup> Sobre la regla de integración de lagunas de la CISG de acuerdo a su artículo 7 (2), planteándose la posibilidad de considerar a los PCCI manifestación de los principios generales en que se basa la Convención, véase: A. VIDAL, "La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales", *Anuario de Derecho Civil*, T. LVI, Fasc. III, 2003, pp. 993-1041. Más recientemente: I. SCHWENZER / P. HACHEM, "Art. 7º", en: Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Ed., Oxford, 2016, pp. 133-142. La CCI en un laudo dictado en el caso Nº 9117 de marzo de 1998, reconociendo implícitamente que los PCCI recogen parte de la lex mercatoria, declara que eran aplicables las disposiciones de la CISG pues sus disposiciones se avenían en forma directa a lo previsto por los Principios UNIDROIT, los que sin ser directamente aplicables al caso, reflejan un consenso amplio a nivel internacional acerca de los aspectos básicos del derecho de contratos. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/98911711.html>. En el mismo sentido, incluyendo también a la CISG, véase: laudo arbitral de la CCI, dictado en el caso Nº 8908 de diciembre de 1998 (Pipes case). Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/98890811.html>. Del mismo modo, la CCI, en laudo de noviembre de 1996 (Caso Nº 8502), consideró manifestación de Lex Mercatoria –usos de comercio y principios generalmente aceptados en el tráfico internacional– a los INCOTERMS, los UCP 500 y a los PCCI. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/96850211.html>

obligaciones, en los criterios para la definición del incumplimiento esencial, etc.

En fin, solo ante la ausencia de un principio general se autoriza el recurso al derecho interno aplicable según la norma de conflicto<sup>8</sup>.

La interrogante que plantea esta disposición es: ¿a qué parcela de derecho interno se reenvía la norma de conflicto? En el caso chileno, ¿al Código Civil o al Código de Comercio? ¿Cuál es el derecho común en materia de compraventa internacional? La respuesta presupone asignar un lugar a la CISG dentro del ordenamiento chileno y definir su relación con su derecho privado. ¿Es una parcela del derecho comercial y, por ende, es un régimen especial respecto del Código de Comercio? o ¿está en el mismo plano que este último código?

Entendemos que la CISG es derecho especial respecto del Código Civil y no del Código de Comercio. Ambos ordenamientos, la CISG y el Código de Comercio, se hallan en un mismo nivel normativo. Si llevamos la razón, el derecho común de la CISG es el Código Civil y el juez recurrirá a sus preceptos para resolver aquellos asuntos excluidos (artículos 4 y 5 de la CISG) o no resueltos (artículo 7 (2) de la CISG). No lo es, entonces, el Código Comercio, instrumento normativo que es tan especial como lo es la CISG. Podemos decir, para reforzar esta opinión, que así como no está permitido para determinar si es aplicable o no la CISG, atender al carácter civil o mercantil de las partes o del mismo contrato, tampoco está permitido para regular aquellas materias excluidas o no resueltas expresamente por la CISG<sup>9</sup>. El derecho común y supletorio de la CISG es el Código Civil y no es el Código de Comercio.

## 3. La interpretación de las disposiciones de la CISG

El artículo 7 (1), junto con la regla de autointegración, contribuye al fortalecimiento del carácter nuevo y autónomo del derecho de la CISG. Esta norma dispone que: *"En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la*

<sup>8</sup> Para ilustrar el punto, puede considerarse dos casos de vacíos en la CISG: el supuesto de la imprevisión y de la regla de la contribución del acreedor a la producción del daño. En un caso resuelto por la Corte de Casación belga, *Scafom International Bv. vs. Lorraine Tubes S.A.S.* (2009), el tribunal determinó que, con arreglo a la norma prevista en el artículo 7 (1) y (2) de la CISG, esta debía ser interpretada en consideración a su naturaleza internacional y a la necesidad de promover su aplicación uniforme, integrándose sus vacíos con recurso a los principios que operaban como su base normativa (entre ellos, los que se recogen en los PCCI). Para un análisis exhaustivo del caso, R. MOMBORG, "Compraventa internacional de mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 18, 2012, pp. 95-119. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722012000100002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000100002&lng=es&nrm=iso).

Las lagunas presentes en la CISG han de ser integradas, como se ha dicho, en primer término con los principios generales en que se basa la Convención y, en segundo término, de manera subsidiaria, en el derecho interno aplicable, conforme con las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado. En este sentido, F. FERRARI, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Nº 24, 1994, p. 220; A. KRITZER, *Guide to Practical Applications of the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods*, Springer, Nueva York, 1989, p. 117. Uno de los principios en que se basa la Convención, refiere a que el juez o árbitro, al aplicar las disposiciones específicas de aquella, debe rehusar acudir, en la medida de lo posible, a los conceptos legales e instituciones jurídicas del derecho interno. Aquel principio se infiere de la interpretación conjunta de los párrafos del artículo séptimo y del preámbulo de la Convención. Por el reconocimiento de este principio, F. ENDERLEIN / D. MASKOW, "Artículo 7", en: *International Sales Law, United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, New York, 1992, pp. 58-59; K. PHANESH, "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, par. II.

<sup>9</sup> Servirá para fortalecer esta respuesta considerar la norma del artículo 1, (3) CISG, conforme la cual, como se expresó, es indiferente o no se considerará la nacionalidad de las partes, ni el carácter civil o comercial de ellas ni del contrato. Para determinar la aplicación de la CISG no interesa si quienes celebran la compraventa son comerciantes o no, ni si la compraventa constituye o no un contrato mercantil. Se amplía bastante el ámbito de la CISG, al aplicarse a todas aquellas compraventas celebradas entre profesionales del tráfico, con independencia de que sean destinatarios finales o no de las mercaderías y a las compraventas civiles. La objeción es que se estaría imponiendo a quien no es un hombre de negocios su estándar de conducta. Sin embargo, el estándar de lo razonable que la CISG impone a los contratantes se modula según las circunstancias de las partes, siendo más exigente para quien es profesional que para quien no lo es; y, además, se excluyen las compraventas de mercaderías de consumo o celebradas entre un profesional y un consumidor (quien compra para su uso doméstico, familiar o personal no profesional). A estos efectos, lo que interesa destacar es que, si la CISG prescinde de la distinción entre comercial y civil para su aplicación, esta distinción tampoco debiera incidir al fijar el derecho interno al que debe recurrir el juez o árbitro para integrar la CISG. Me detendré más abajo sobre este punto.

necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

La disposición persigue aislar a la CISG, favoreciendo su desarrollo autónomo respecto del derecho interno. La CISG se apoya en sus propias normas y principios, que representan un sistema adecuado para dar solución a las exigencias del tráfico internacional al superar aquellas que ofrecen los códigos decimonónicos, soluciones obsoletas y pensadas para otra clase de operaciones del tráfico<sup>10</sup>.

#### IV. Las interrogantes que ofrece la aplicación de Viena por los Tribunales chilenos

Tal como anticipé, el interés de este trabajo se centra en tres puntos: 1) cuándo se entiende que las partes han excluido tácitamente la CISG; 2) cuál el sentido y alcance de la reserva chilena del artículo 96; y 3) si los tribunales han interpretado y aplicado correctamente la CISG al resolver casos sometidos a sus disposiciones.

##### 1. Exclusión tácita de la CISG

En la sentencia de la Corte Suprema de 22 de septiembre de 2008<sup>11</sup>, que conoce de un recurso de casación en el fondo en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, el demandante reclama el “cumplimiento en equivalencia” como indemnización de daños por el incumplimiento de una compraventa de cueros, aduciendo que con el incumplimiento –entrega defectuosa de los cueros– la obligación cambia de objeto en términos que el vendedor no adeuda la cosa, sino una indemnización de daños y funda su demanda en el artículo 1489 del Código Civil. Posteriormente, en la segunda instancia añade que al tratarse de una compraventa mercantil cabe la indemnización de perjuicios directamente (artículo 157 del Código de Comercio) y, además, que al estar sometida a la CISG sería aplicable su artículo 45 que reconoce al comprador afectado por el incumplimiento el ejercicio directo y autónomo de la indemnización de daños. La Corte Suprema, pronunciándose acerca de la aplicación de la CISG y la posible infracción de sus artículos 1º y 45º, expresa:

*“Es por lo anterior que, como acertadamente establecen los jueces de la instancia, la invocación de las normas de derecho interno no pudo sino importar la renuncia –tácita o implícita, pero de todas formas con idéntico valor que la expresa o explícita– a regirse por las disposiciones de la Convención de Viena, a que se refiere el citado artículo 6º de este pacto, de manera tal que tampoco se incurre en las infracciones de ley denunciadas en*

<sup>10</sup> Sin embargo, en Chile aún la CISG se la lee e interpreta como si fuera derecho interno, invocando sus disposiciones conjuntamente con las del Código Civil y Código de Comercio, lo cual no solo contraría la aspiración de la norma en análisis, sino que nos ofrece una errónea interpretación y aplicación de la CISG. Así lo mostraremos al finalizar esta ponencia.

<sup>11</sup> En el caso, las partes suscribieron un contrato de compraventa que recaía sobre cueros laneros. La vendedora incumplió con su obligación de entregar en tiempo y forma una partida de las mercaderías convenidas. Ante ese hecho, la compradora no pudo llevar a cabo un proceso de manufactura que le permitía luego revender los productos finales. En esas circunstancias, la compradora demandó la indemnización de perjuicios, acción que fue rechazada en primera instancia y confirmada por el tribunal de apelación, pues se indicó que no era procedente demandar en forma directa la indemnización de daños. Luego sostuvo el tribunal de alzada que la CISG no era aplicable pues las partes renunciaron tácitamente a su aplicación. Corte Suprema, 22 de septiembre de 2008. Rol Nº 1.782-2007. En Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de julio de 2003, Rol Nº 1-2000, la Corte sostuvo que al caso que se sometía a su conocimiento, le eran aplicables las normas de la CISG al satisfacerse los requisitos previstos en el artículo primero de la Convención. En tributo de la anterior afirmación indicó que “no existe evidencia que las partes contratantes hayan decidido sustraer el contrato de esa normativa uniforme ni expresa ni tácitamente, y ello cobra eficacia especialmente en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las partes a virtud de la reserva hecha por Chile (...)”.

este segundo capítulo del recurso”.

¿Qué nos sugiere este caso? Nuestra primera intuición es que el Tribunal yerra en su resolución, infringiendo el artículo 1º de la CISG. Veamos.

Sabemos que la CISG prevé y recoge en su artículo 6 el principio de la libertad contractual o de configuración interna del contrato. Quiere decir que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden excluir o modificar las disposiciones de la CISG, ya sea incorporando reglas definidas por aquellas, ya sea sometiendo el contrato a una ley de fondo diversa a aquella de la CISG. Esta disposición admite reconoce dos dimensiones del aludido principio: a) la determinación del contenido contractual; y b) la elección de ley de fondo aplicable. En lo que toca a la primera dimensión, las partes tienen la facultad de configurar el contenido contractual, asomándose el carácter dispositivo de la Convención<sup>12</sup>, y en lo que toca a la segunda, las partes tienen la facultad de optar por someterse a un derecho distinto al de la CISG<sup>13</sup>. A esta última libertad se la denomina autonomía conflictual. Y su reconocimiento envuelve la posibilidad de que las partes, fuera de establecer excepciones o modificaciones a las disposiciones de la CISG, sometan su contrato a un derecho diverso, sea, o no, estatal. Los contratantes pueden someter su contrato a los PCCI o a los PECL, o bien someterse genéricamente a la Lex Mercatoria<sup>14</sup>. De hecho, una de las hipótesis de aplicación de los PCCI, según lo expresa su preámbulo, refiere al caso en el que las partes hayan convenido que su contrato se regirá por principios generales del derecho, la Lex Mercatoria u otras expresiones equivalentes.

La correcta lectura del aludido artículo 6 nos enseña que la modificación o exclusión de la CISG debe ser siempre acordada por las partes, sin que pueda admitirse la renuncia unilateral a la aplicación de la CISG, menos en forma tácita o implícita.

Lo que el precepto reconoce a las partes es la libertad de pacto para excluir total o parcialmente las disposiciones de la CISG, exclusión que presupone necesariamente el acuerdo de ambas y que, según la doctrina y jurisprudencia, podría incluso ser tácito siempre que concurra un conjunto de circunstancias que inequívocamente muestren el acuerdo de las partes de excluir la CISG. Se mencionan, como cláusulas de exclusión expresa, aquellas en las que expresamente excluyen a la CISG como ley aplicable, con

<sup>12</sup> J. OVIEDO, *Estudios Sobre Compraventa internacional de Mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales*, Madrid, Editorial Académica Española, 2011, p. 44.

<sup>13</sup> Sobre este punto, J. OVIEDO (nota 10), y sobre la materia en general, ver entre otros; A. CALVO, “El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones Escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, Nº 2, 2009, pp. 60-61. A. CALVO / J. CARRASCOSA, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 119-123. E. CASTELLANOS, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 56. S. FELDBERG, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 63-73. J. JACQUET / P. DELEBEQUE / S. CORNELIUS, *Droit du commerce international*, 2ª edición, Dalloz, París, 2010, pp. 206-207. S. LEIBLE, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n° 1, 1999, pp. 217-218 y 220. F. MARELLA, “Autonomía privada e contratti internazionali”, en: G. SICCHERO, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Cedam, Milano, 2005, p. 224. Véase: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-06.html> - 8

<sup>14</sup> En la jurisprudencia de la CCI, encontramos un caso en el que las partes de una compraventa internacional de mercaderías, introducen una cláusula en cuya virtud las controversias debían resolverse “en justicia” y el Tribunal interpretó esta cláusula en el sentido que las partes habían designado como ley de fondo aplicable al contrato, los principios y reglas generales de los contratos internacionales. Sobre el particular, el tribunal sostuvo que “aquellos ‘principios generales del derecho de contratos’ no están directamente expresados en una convención internacional específica”. Añade que “aunque se acepta en forma general que la Convención (CISG) representa los principios universales aplicables a los contratos internacionales (...) el Tribunal estima que, si las partes hubiesen querido someter sus contratos a la convención, habrían introducido una cláusula expresa en ese sentido”. Y concluye declarando que “Existen otros documentos recientes que expresan los principios y reglas generales del derecho comercial, en particular los Principios Europeos de Derecho de Contratos y los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales. Sin perjuicio de lo anterior, los principios y reglas generales del derecho comercial internacional tienen que ser aplicados a las específicas circunstancias del caso y en particular al objeto del contrato que refleje la voluntad de las partes”. Caso CCI No. 9474 de febrero de 1994 (*Printed banknotes case*), disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/9994741.html>.

designación o no de derecho aplicable; y habría exclusión tácita, por ejemplo, cuando las partes se someten al Código de Comercio y en lo no previsto, al Código Civil chileno; sin embargo, no la habría si se someten a la ley chilena o al derecho privado chileno que está integrado por la CISG<sup>15</sup>. Y resulta aún más curioso porque tal discusión en orden a la renuncia tácita –por no invocar una norma– no se plantearía respecto de cualquiera otra ley chilena. La CISG, pareciera olvidarlo el tribunal, es Ley de la República y como tal su aplicación no puede quedar al arbitrio de una de las partes del contrato o depender de que sea o no invocada por las partes en la primera instancia.

Si llevamos el extremo del razonamiento de la Corte, debiéramos aceptar no solo la renuncia tácita total, sino también la parcial, en términos que por el solo hecho que el actor funde su demanda, por ejemplo, en las reglas de la indemnización del Código Civil, el juez deba entender que no son aplicables los artículos 74 y siguientes de la CISG (como la del artículo 77 que impone al acreedor la carga de mitigar las pérdidas y la del artículo 79 que fija la regla de la exoneración por impedimento ajeno a la esfera de control del deudor). Claramente una posición como esta se opone al más mínimo sentido común.

Una correcta lectura del citado artículo 6, unida a una correcta aplicación del artículo 1 de la CISG, habría determinado la aplicación su artículo 45 y que se acogiera la demanda de indemnización de daños. En el caso no había duda sobre la entrega no conforme, ni tampoco sobre los daños. Sin embargo, el Tribunal, sin más, rechaza la demanda.

## 2. Sentido y alcance de la reserva del artículo 96 CISG<sup>16</sup>

En la jurisprudencia se plantean dos casos<sup>17</sup> en los que el demandado se defiende, intentando eludir su obligación de pagar el precio pactado, argumentando que, al

<sup>15</sup> Se ha entendido que tal renuncia debe ser concluyente ya sea de forma expresa o tácita por ambas partes, pues si los contratantes no han tenido conciencia de que la convención resultaba aplicable a su contrato, mal podría inferirse una intención positiva de prescindir de ella. Véase F. FERRARI, "The CISG sphere of application: Articles 1-3 and 10", en F. FERRARI / H. FLECHNER / R. A. BRAND (Eds.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Munich y Londres: Selter, p. 875 y siguientes; L. MISTELIS, "Article 1", en S. KRÖLL / L. MISTELIS / P. PERALES VISCASILLAS (Eds.) *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, CH. Beck, pp. 21-38. Los tribunales chilenos, erradamente, sin embargo, han inferido esta renuncia cuando las partes han omitido toda mención de la Convención en la etapa de la discusión, sin que se hubiere excluido ella en el contrato. A partir de este razonamiento, la Corte Suprema rechazó el intento de la demandante en orden a obtener la anulación del fallo, alegando como error el derecho de la inaplicación de la Convención (*Causa Industrias Magromer Cueros y Pieles c. Sociedad Agrícola Sacor Limitada*, 22 de diciembre de 2008, Rol 1782-2007). En otras oportunidades, los tribunales sencillamente han ignorado la Convención, pese a ser aplicable y ser invocada por ambas partes (*Caso Holding and Trading con Uni Forte Technic A/S*, 1° Juzgado de Letras de Puerto Montt, 2011, Rol C-561-2008; *Casos Global Business Dimensions, Inc. Con Suma Data Technology de Chile SA*, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt 19 de junio 2013, Rol 331-2013 y *Ams Food International SA con Servicios de Marketing Allmarket Group Ltda.*, de 17 de marzo de 2015, Rol 6257-2014, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago).

<sup>16</sup> La regla ha sido objeto de reflexión en la doctrina comparada. Con notas y síntesis de las diversas interpretaciones, F. GROS, "La reserva de Chile a la 'Convención de Viena' de 1980", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34, 2011, pp. 37-67. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512011000100001](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100001).

<sup>17</sup> En Corte Suprema, 3 de junio de 2015. Rol N° 26.533-2014, las partes celebraron un contrato de compraventa internacional de mercaderías, respecto a productos textiles y de calzado. La compradora no pagó el precio convenido, por lo que la vendedora demandó el cumplimiento del contrato, pretensión que fue acogida por la Corte de Santiago. En contra de dicha sentencia, la compradora dedujo recurso de casación en el fondo, fundando su arbitrio en la errada aplicación de la CISG al caso, pues el tribunal no consideró la reserva hecha por el estado de Chile a la CISG. A juicio de la Corte Suprema, habiéndose acreditado en juicio la existencia del contrato, el incumplimiento de la compradora, procedía acoger la demanda. Luego, en cuanto a la declaración de reserva, sostuvo que "debe interpretarse en el sentido de que la prueba del contrato de compraventa ha de sujetarse a la legislación civil interna y han de respetarse los límites probatorios según la naturaleza de pacto, civil o comercial, concluyendo que ello descarta la exigencia de escrituración como requisitos de validez del contrato (...)". Ahora, en sentencia Corte Suprema, 28 de septiembre de 2015, Rol N° 32.479-2014, conociendo de una solicitud de exequátur respecto a una sentencia dictada por un tribunal alemán, que acogió la demanda de resolución e indemnización de perjuicios de un contrato de compraventa de cabezas de liebre congeladas, suscrito entre una empresa compradora alemana y otra empresa vendedora chilena, señaló que la "comprensión literal más extrema (de la reserva hecha por el estado de Chile a la CISG) no parece la más aceptable. No es razonable concluir que el legislador nacional, que al suscribir la Convención asumió las motivaciones del texto en orden a facilitar el tráfico internacional de mercancías en la vida comercial actual, haya querido comportarse más exigente con esta clase de contratos que con los celebrados en el país, que se rigen por el Derecho interno".

En otra oportunidad, la Corte de Santiago, conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, que desestimó la demanda de cumplimiento de contrato de compraventa internacional de mercaderías, por no existir, a juicio del tribunal instancia, contrato que vinculara a las partes desde que la reserva hecha por el estado de Chile a la CISG, restaba validez a los contratos que no constaren por escrito, la revocó pues señaló que ambos "antecedentes probatorios constituyen presunciones judiciales que permiten establecer la voluntad de las partes sobre el contrato en cuestión y en que sus elementos esenciales, cosa y precio, aparece debida y suficientemente acreditados, atendido además, que por tratarse de comerciantes, están regidos por las leyes mercantiles que permite probar las obligaciones de esta naturaleza por cualquier elemento de prueba capaz de ser antecedentes con fuerza suficiente sobre el punto"; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2014, Rol N° 4.274-2012.

no constar el contrato por escrito, este carece de valor o es inexistente. En ambos casos, el sentenciador rechaza esta defensa manifestando que, si bien el contrato no constaba por escrito, sí se rindió prueba suficiente para acreditar su existencia. Hay coincidencia en orden a que la reserva del artículo 96 no implica la exigencia que toda compraventa internacional deba constar por escrito, sino que la falta de escrituración incidirá en la prueba de la existencia del contrato. A pesar de lo acertado del fallo judicial, en ambos casos se incurre en una errónea interpretación de la CISG al afirmar que la legislación local aplicable es el Código de Comercio por tratarse de una compraventa mercantil<sup>18</sup>, sosteniendo que si este no consta por escrito siempre será procedente su prueba por cualquier medio.

Y es errónea porque si esa fuera la norma aplicable, la reserva chilena no tendría razón de ser, porque en caso alguno el Código de Comercio de Chile exige la escrituración para la compraventa (artículo 128 del Código de Comercio). La única explicación de esta reserva es que el Estado de Chile al hacerla consideró que como la compraventa internacional no era civil ni mercantil, aplicaba el régimen de derecho común, esto es, el Código Civil, que sí exige que ciertos contratos consten por escrito para efectos de la prueba del contrato (artículos 1708 y 1709 del Código Civil)<sup>19</sup>.

La regla de la ley mercantil se aleja de la ley civil. Mientras, según la primera, aunque el contrato no conste por escrito siempre se admitirá su prueba por medio de testigos, cualquiera sea el valor de la cosa vendida, según la segunda, todo contrato debe constar por escrito, si el valor de la cosa es igual o superior a dos unidades tributarias y si no consta por escrito, no se admitirá la prueba de testigos.

Una correcta lectura del artículo 96 con relación al artículo 11, nos lleva a concluir que, tratándose de contratos de compraventa internacional celebrados por una parte que tiene su establecimiento en Chile, si se da el supuesto del artículo 1709 del Código Civil, deberá constar por escrito y si no consta por escrito, la parte que funde su pretensión en el contrato podrá probarlo por cualquier medio que no sean los testigos.

<sup>18</sup> En este sentido, en sentencia del 15° Juzgado Civil de Santiago, 1 de julio de 2014, Rol N° 15.912-2011, conociendo de una demanda de cumplimiento por no pago del precio en una compraventa internacional de flores, el tribunal de primer grado abordó la defensa de la demandada referida que no existió contrato alguno entre esta y la demandante, señalando que la reserva hecha por el estado de Chile a la CISG no comporta la exigencia de escrituración de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Luego, en cuanto a la prueba del contrato, los efectos de la reserva variarían según se trate de un acto jurídico de naturaleza civil o mercantil. Sostuvo el tribunal que siendo mercantil el contrato, las normas aplicables son las del Código de Comercio; es más, afirmó que la mercantilidad del acto es "el criterio para determinar la legislación aplicable, cuestión que en la especie, torna aplicable tanto la Convención de Viena, como nuestra legislación interna". Otro caso resuelto por un tribunal nacional, esta vez por el 26° Juzgado Civil de Santiago, 4 de julio de 2014, Rol N° 18.237-2012, en que lo debatido era la falta del pago del precio de una serie de ventas de barras de cereal hechas por una empresa argentina a una empresa chilena. En lo que nos interesa, el tribunal discutió acerca de la prueba del contrato que vinculaba a ambas partes; señaló que de conformidad con el artículo 11 de la CISG, la "carga de la prueba procesal en cuanto a acreditar la existencia del acto jurídico bilateral internacional recae en la actora". Desestimó finalmente la demanda, al no haber satisfecho la citada carga probatoria. La Corte de Santiago, conociendo de la apelación de la demandante, en sentencia de 17 de marzo de 2015, Rol N° 6.257-2014, revocó la decisión de primer grado, señalando que existía suficiente prueba para tener por existente el contrato, el cual no requería constar por escrito para acreditar su existencia. Con todo, su decisión se basó en las normas del Código Civil antes que en las reglas de la CISG.

Finalmente, en un caso resuelto por el 6° Juzgado Civil de Santiago, 23 de marzo de 2012, Rol N° 25.571-2010, el tribunal, reflexionando sobre la base del artículo 11 de la CISG, como también acerca del sentido y alcance de la reserva hecha por el estado de Chile a la Convención, señaló indirectamente que la norma supletoria aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías es la comercial, al sostener en su considerando cuarto que "si bien es cierto que nuestro país formuló la reserva prevista en la norma citada en lo precedente, la legislación interna en materia comercial no exige la escrituración como requisito para el perfeccionamiento del contrato de compraventa, primando en dicha materia la libertad contractual".

<sup>19</sup> En contra: F. GROS (nota 14), pp. 52-55. Según el autor para determinar cuál es el alcance de la reserva habrá que estar a si la compraventa internacional es mercantil o civil, dado que la CISG solo prescinde de esta distinción para efectos de su aplicación. En un reciente caso resuelto por la Corte Suprema, esta consideró una compraventa internacional de mercaderías como un acto mercantil, siéndole aplicables las reglas de forma y prueba de las obligaciones previstas en el Código de Comercio. En él se discutía la resolución e indemnización de perjuicios demandada por una empresa extranjera, que vendía a otra empresa nacional acopladores mecánicos, por el no pago del precio. El acuerdo original fue modificado en tres oportunidades por las partes; y a efectos de acreditar la última adecuación del contrato, la Corte Suprema señaló que la prueba de la misma debía ceñirse a las reglas establecidas por el Código de Comercio, relativas a la constitución, forma, y efectos de los contratos y obligaciones. Corte Suprema, 27 de julio de 2017, Rol N° 68.721.

### 3. Errónea interpretación y aplicación de la CISG

En este apartado, me detendré en tres casos de falta de conformidad de las mercaderías en los que, en mayor o menor medida, el juez vulnera no solo la regla de interpretación del artículo 7 (1), sino también los artículos 1º y 4º de la CISG. En todos ellos se invoca la CISG como derecho aplicable.

En sentencia del 25 de julio de 2011<sup>20</sup>, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, se acoge parcialmente la demanda de cobro del precio de una compraventa internacional que se acredita con las facturas que dan cuenta de la entrega de las mercaderías y otros antecedentes probatorios. El demandado alega que no pagó aquella parte del precio correspondiente a las facturas de la demandante debido a que parte de las mercaderías adolecían de defectos. La Corte rechaza esta defensa, condenando al pago del precio por las mercaderías y fundamenta su sentencia en el artículo 160 del Código de Comercio, dado que, frente a la falta de reclamación por parte de la compradora, las mercaderías se entenderían irrevocablemente aceptadas. La pregunta que nos plantea esta decisión es: ¿por qué la Corte de Apelaciones no aplicó la CISG? Sabemos que, de acuerdo a su artículo 39, el comprador debe comunicar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo razonable y si no lo hace, salva la excepción del artículo 44, se le priva del derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías (el incumplimiento). Es cierto que la solución a la que arriba el tribunal es la misma, lo que nos llama poderosamente la atención es que siendo aplicable la CISG, la Corte de Apelaciones resuelva la cuestión con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio de Chile y no con arreglo a la CISG.

Una segunda sentencia de 23 de octubre de 2013<sup>21</sup>, ahora de la Corte Suprema, resolviendo la demanda principal de incumplimiento por no pago del precio y la excepción de contrato no cumplido que opuso la compradora, junto a su demanda reconvenional de indemnización de daños, expresa: *“parece más verosímil la posición de la demandante principal, en cuanto a que lo pedido es lo singularizado en la factura de venta, ya que no puede entenderse, ni parece creíble, que la compradora no haya reclamado, en forma clara y a la brevedad posible, sobre una calidad de mercadería no deseada, ni menos aún que ella haya sido entregada fuera de plazo. Consecuentemente, parece más lógico presumir a este tribunal, que el contrato celebrado es el que indica la factura ya analizada, pudiendo presumirse, también, que las mercaderías compradas fueron entregadas de acuerdo a lo pactado y en forma, no pudiendo accederse a la excepción de contrato no cumplido”. Y continúa expresando que “habiéndose acreditado el cumplimiento de las obligaciones de la vendedora, y siendo procedente rechazar las excepciones de contrato no cumplido y pago deducidas por la compradora, deberá acogerse en todas sus partes la demanda principal”. Y*

<sup>20</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 2011, Rol N° 151-2011.  
<sup>21</sup> Corte Suprema, 23 de octubre de 2013, Rol N° 6690-2013.

concluye: *“En cuanto a la demanda reconvenional, los jueces del mérito determinaron que, del mérito de autos, no se puede apreciar claramente que hubiera pérdidas económicas de la actora reconvenional o pérdidas de ganancias; motivo que los llevó a rechazar dicha acción”.*

Nuevamente surge la interrogante: ¿por qué el Tribunal no resolvió el asunto aplicando las reglas y principios de la CISG y sí lo hace según las reglas del derecho interno? Y, seguidamente, se justifica que nos preguntemos: ¿cómo se habría resuelto el caso la Corte Suprema de haber aplicado la CISG? Veamos.

El vendedor entregó las mercaderías y el comprador las recibió, sin denunciar falta de conformidad alguna, negándose a pagar el precio. El comprador demanda el pago del precio de las mercaderías entregadas conforme con lo pactado, según lo reconoce el artículo 61 (1) de la CISG, pero el comprador se defiende, prescindiendo de este régimen, y opone la excepción de contrato no cumplido –ajena al régimen de la CISG– y demanda una indemnización de daños derivados del incumplimiento. Si bien el juez en su resolución llega a la misma solución que nos ofrece la CISG, no logramos comprender por qué no aplicó sus disposiciones. De haberlas aplicado, habría desestimado la excepción de contrato no cumplido porque el comprador al no haber denunciado la falta de conformidad no tenía derecho a invocar el incumplimiento. Por lo anterior, la demanda indemnizatoria no procedería porque hemos de entender que la entrega fue conforme, esto es, que no hubo incumplimiento (artículos 39, 45 y 74 de la CISG).

En fin, una tercera sentencia de 7 de mayo de 2013, ahora de la Corte de Apelaciones de Valdivia<sup>22</sup>. El tribunal rechaza la demanda de resolución interpuesta por el comprador español al vendedor con establecimiento en Chile, acogiendo parcialmente la pretensión de indemnización de daños. En este caso el actor y el Tribunal se expresan en términos más acordes con la CISG. En efecto, el actor fundó su demanda en una falta de conformidad esencial de acuerdo a los artículos 35 y 25 de la CISG, dado que el vendedor entregó mejillones no aptos para el consumo humano y su posterior comercialización. A lo que se suma que el sentenciador describe el concepto de obligación y de incumplimiento, junto al sistema de remedios que prevé la CISG.

No obstante, a pesar que en la apelación el actor pedía la revocación del fallo de primera instancia que rechazó la resolución y la indemnización de daños, la Corte de Apelaciones omitió pronunciamiento sobre el primero de los capítulos (el rechazo de la resolución) y se limitó a conceder una indemnización correspondiente a la suma de dinero que el vendedor ofreció al comprador, sin reconocer el incumplimiento. ¿Cómo debió haber resuelto de haber aplicado la CISG? Veamos.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de mayo de 2013, Rol N° 239-2012. Las partes celebraron un contrato de compraventa que recayó sobre 40 toneladas de mejillones chilenos, congelados y destinados al consumo humano. La entrega se materializaría en dos tandas. Luego la compradora se vio imposibilitada de revender los productos adquiridos, al ser rechazados por la autoridad sanitaria del país receptor, pues no se cumplían las exigencias sobre el particular. Ante ello, la compradora demandó la resolución del contrato y la indemnización de los perjuicios. En primera instancia, su pretensión fue desestimada; apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones la revocó, aplicando las normas de la CISG.

En la CISG la resolución del contrato por falta de conformidad –incumplimiento esencial ex artículo 25– es por comunicación efectuada en forma conjunta con la denuncia del defecto o dentro de un plazo razonable desde tal denuncia (artículo 49). Si bien la CISG guarda silencio sobre la resolución judicial, este no constituye una laguna según el artículo 7 (2). En la CISG la resolución, salvo acuerdo de los contratantes en contrario, solo opera por comunicación, en términos que, si el comprador no resuelve en la oportunidad fijada por la norma, se le priva de la facultad resolutoria, quedándole a salvo solo la indemnización de daños o la reducción del precio más indemnización de perjuicios. De modo que la Corte debió haber fundado su sentencia, al acoger parcialmente el recurso, expresando que la resolución no procedía en el caso, aunque se estimará que el incumplimiento fue esencial porque el comprador no observó la carga de comunicación del artículo 49 de la CISG, añadiendo que en esta no cabe la resolución judicial.

Estas tres sentencias dan cuenta no solo de la falta de comprensión del sistema de incumplimiento de la CISG sino también de un desconocimiento de las reglas que lo integran, pudiendo afirmar que en los tres casos presentados hay infracción a la norma de la CISG, vulnerándose la regla del artículo 7 (1), dado que la interpretación y aplicación de la CISG son erróneas, desconociendo que se trata de un ordenamiento nuevo y distinto al del derecho interno.





