



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Martínez, W.F. (2020). El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 64-86.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.4.

Recibido el 6 de marzo de 2019
Aprobado el 23 de septiembre de 2019

El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?*

WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ-LUNA** |

RESUMEN

La Convención de Viena de 1980 nació con el objetivo de establecer normas uniformes para regular algunas de las cuestiones más importantes de la compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, esta convención otorga a las partes la posibilidad de excluir su clausulado para regular el caso concreto. Este artículo tiene por objeto establecer si dicha posibilidad de exclusión constituye un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, y por tanto, se puede considerar como un obstáculo a la aplicación de la norma material uniforme.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable, norma de conflicto, compraventa internacional.

* Este artículo hace parte de la estancia de investigación postdoctoral en el Max Planck *Institute for Comparative and International Private Law* de la ciudad de Hamburgo Alemania, y del proyecto de Investigación "El impacto de la globalización en los contratos internacionales de compraventa de Mercaderías", aprobado en la Resolución 039 de 2015 de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

** Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesor Titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. E-mail: williamf.martinezl@utadeo.edu.co.
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-0186-4770.



Regulatory character of the 1980 Vienna Convention: an uncertainty factor in determining the applicable law to the international sale contract?

ABSTRACT

The 1980 the Vienna Convention was agreed with the aim of establishing uniform rules to regulate some of the most important issues in the international sale of goods. However, this convention grants the parties the possibility of excluding their clauses to regulate a specific case. The purpose of this article is to establish whether said possibility of exclusion constitutes a factor of uncertainty in determining the applicable law to the international sales contract and therefore, it can be considered as an obstacle to the application of impartial rules.

KEY WORDS: applicable law, conflict rule, international sales.

Introducción

Que las partes puedan conocer *ex ante* la ley que regula su contrato internacional, constituye una necesidad imperiosa para ganar en seguridad jurídica internacional. La previsibilidad de la ley del contrato puede alcanzarse principalmente por medio de dos vías distintas (que como se verá son complementarias): las normas de conflicto uniformes y las normas materiales uniformes.

Las normas de conflicto¹ uniformes buscan que todos los jueces de los Estados parte deban obligatoriamente usar la misma norma conflictual para establecer la ley del contrato. Esto no solamente incrementa la previsibilidad, sino que evita el *forum shopping* (Martínez, 2014, p. 88).

Sin embargo, la norma de conflictual trae consigo varias dificultades. Una de ellas atiende a que en la mayoría de los casos la norma conflictual escoge la ley nacional de uno de los contratantes, dándole de esta manera una ventaja contractual injustificada. Incluso, el uso de la autonomía de la voluntad (conflictual)² no resuelve del todo el problema, puesto que alcanzar un acuerdo en este sentido siempre ha resultado complejo, principalmente porque cada parte pretende aplicar su propia ley, y aun alcanzando el acuerdo, es probable que la norma escogida sea la de uno de los contratantes. Y aún si se eligiese la ley de un tercer Estado, traería nuevamente el problema de aplicar una ley desconocida para uno o ambos contratantes (Baasch, 2001, p. 292).

Por otra parte, unificar las normas de conflicto ha representado un enorme reto para los Estados, quienes son reacios a ratificar estos convenios internacionales, principalmente porque no se ha podido abolir la idea de que estas normas uniformes afectan la soberanía estatal, razón por la cual, son muy pocas las normas de conflicto verdaderamente uniformes³.

La otra solución para incrementar la previsibilidad del derecho aplicable a los contratos internacionales sería contar con normas materiales uniformes o al menos armonizadas (Baasch, 2001, p. 292), puesto que los Estados parte tendrían las mismas normas materiales para regular la relación jurídica evitando el conflicto de leyes. Actualmente, las normas materiales uniformes presentan enormes dificultades para cumplir con este anhelado objetivo:

¹ Es importante recordar que la norma de conflicto no resuelve el fondo de la controversia, pues es una norma de remisión, en tal sentido, remite a la ley de un concreto país, para que sea ésta la encargada de dirimir el asunto debatido.

² La autonomía conflictual es la posibilidad que otorga la ley para que las partes de mutuo acuerdo elijan la norma jurídica que regula su contrato internacional, y es normalmente el primer punto de conexión de las normas de conflicto modernas.

³ Tal es el caso de la Convención de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, donde tan solo dos Estados ratificaron el texto convencional.

1. Las normas materiales uniformes actuales no otorgan una regulación integral⁴ del contrato internacional, razón por la cual persisten los vacíos⁵.
2. Los cuerpos jurídicos uniformes cuentan con múltiples excepciones en su ámbito de aplicación, excluyendo así numerosas relaciones jurídicas⁶. Estos vacíos deben llenarse utilizando la ley nacional, identificada por medio de la norma de conflicto (Basedow, 2000, p. 7).
3. Las partes pueden excluir de común acuerdo el uso del cuerpo jurídico para el caso concreto. En efecto, incluso si el contrato internacional entra dentro del ámbito de aplicación de la norma material uniforme, las partes pueden pactar que dicho cuerpo legal no regule su contrato, es decir, pueden hacer un pacto de exclusión de ley. Esta decisión, es de obligatorio cumplimiento para el juez que conoce el litigio, y por lo tanto, debe escogerse la ley del contrato por medio de la norma de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.), persistiendo en los problemas de previsibilidad.

Teniendo en cuenta esta realidad, el presente artículo pretende abordar el estudio de la tercera de las dificultades de unificación planteadas, esto es, la posibilidad de excluir el texto uniforme por medio de la autonomía de la voluntad de las partes. Este escrito se centrará exclusivamente en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante CISG) como norma material uniforme y su relación con las normas de conflicto. El principal objetivo es determinar si dicha posibilidad de exclusión se constituye en un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, y por lo tanto, se configura como un obstáculo en la aplicación de la norma material uniforme.

⁴ Las normas materiales uniformes tan solo regulan algunos aspectos del contrato internacional, esto puede verse en los siguientes textos: Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005); Convenio de Berna de 1886; Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929; Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera de Ginebra, el 19 de mayo de 1956; Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), de 25 de febrero de 1961; Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995); Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), entre otros.

⁵ Por ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, regula “exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador [...]”, dejando por fuera aspectos trascendentales del contrato, tales como su validez, y los efectos sobre la propiedad de las mercancías (artículo 4b de la Convención).

⁶ Por ejemplo, el artículo 2 de la Convención de Viena de 1980 excluye las compraventas para el uso “personal, familiar o doméstico [...]”, las compraventas hechas en subastas, las judiciales, electricidad, entre otras.

Armonización del derecho material

En la última década del siglo XX la unificación del derecho entró en una nueva era. Los nuevos Estados independientes junto a las economías emergentes realizaron un proceso de modificación legal, en donde la identidad nacional continuó siendo de gran importancia, pero se hizo un enorme esfuerzo para que las normas reconocidas internacionalmente o la ley uniforme internacional fueran el eje central de esta moderna legislación (Mistelis, 2001). Ejemplo de lo anterior es la CISG. Justamente, esta convención se tomó como modelo para la reforma de la ley de obligaciones en Alemania, y contribuyó en la “modernización de otros sistemas legales internos, como el código civil holandés de 1992, el código civil ruso de 1994, el código civil chino de 2002, y la ley de obligaciones de Estonia 2002” (Kröll, Mistelis & Perales, 2011, p. 10). La ley uniforme también ha influenciado la jurisprudencia nacional, tal es el caso del “principio de buena fe de la CISG” el cual, fue desarrollado en la jurisprudencia australiana y de Nueva Zelanda en “relación a contratos domésticos” (Kröll *et al.*, 2011, p. 10)⁷. Lo cierto es que las leyes internas están tendiendo a la armonización, influenciadas por las normas uniformes y más recientemente por las leyes modelo.

Asimismo, se está haciendo un gran esfuerzo por aumentar los consensos en materia de derecho sustancial internacional, plasmados principalmente bajo la figura del convenio. De la misma forma, el proceso globalizador hizo que bloques económicos y territoriales vieran la necesidad de unificar su normatividad con el objetivo de favorecer los intereses comunes. Así nacieron leyes de origen comunitario, siendo la Unión Europea el más exitoso.

Este naciente proceso unificador ha dejado una enseñanza básica: para que se pueda alcanzar la uniformidad legal, se necesita el cumplimiento de dos condiciones indispensables: la aceptación geográfica y el ámbito de aplicación generalizado.

La primera, requiere que el cuerpo legal tenga una aceptación geográfica universal o por lo menos amplia, esto es, que los todos Estados, o la mayoría de ellos, ratifiquen el texto y lo incluyan dentro de sus normas nacionales. De esta manera, si se presenta un litigio internacional, el juez del Estado parte utilizará la misma disposición material para fallar de fondo. La segunda, se traduce en que la disposición sustituya de modo efectivo todas las leyes existentes (Mistelis, 2001), es decir, que la ley uniforme regule todos, o la mayor cantidad de aspectos de la relación jurídica internacional, evitando vacíos que obligue a acudir a la ley interna por vía de la norma de conflicto.

⁷ Sobre este aspecto los autores citan las siguientes sentencias: *Court of appeal New South Wales* (Australia) 12 March 1992; *Federal Court of Australia* (Australia) 3 November 2000; *Court of appeal of Wellington* (New Zealand) 3 October 2001.

Infortunadamente en la actualidad, las normas materiales uniformes en muy pocos casos cumplen con estas dos condiciones, siendo la CISG y las normas materiales de la Unión Europea los éxitos más significativos. Parte del éxito de la CISG se debe a los “simples requisitos de aplicación” establecidos en los artículos 1-6, es decir, cuenta con una estructura sencilla, aunque su aplicación puede resultar un tanto compleja (Schlechtriem, 2005, p. 1).

La ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías

El régimen jurídico de las compraventas internacionales está compuesto por un derecho material interno y por un derecho material uniforme internacional (CISG). Con la uniformidad legal en materia de compraventa internacional de mercaderías (Rodríguez, 2010) se ha buscado “la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza” el contratante internacional, promoviendo, de esta manera, “el desarrollo del comercio internacional”.⁸En efecto, el principal objetivo de la CISG es superar las barreras impuestas por los diferentes sistemas legales, generando igualdad entre estados y comerciantes (Mistelis, 2011a, p. 19).

Sin embargo, como la CISG es un instrumento jurídico que no abarca todas las compraventas, ni todos los problemas jurídicos que este contrato internacional conlleva, e incluso, contempla la posibilidad de exclusión del texto convencional mediante el acuerdo de voluntades entre los contratantes, se deben llenar esos vacíos por medio de la norma nacional, contenida generalmente por el código de comercio y/o el código civil. En conclusión, no existe una verdadera unificación legal internacional en materia de compraventa de mercaderías.

Lo anterior, trae como consecuencia que el operador jurídico deba estudiar la relación ineludible y necesaria entre las normas uniformes (CISG) y el derecho interno. Justamente esto, ha permitido el nacimiento de una nueva problemática: “determinar las fronteras entre el Derecho uniforme y el Derecho interno” (Rojo, 1998, p. 72).

En el caso de la CISG, la relación con la normatividad interna, pero en especial, con la norma de conflicto, es muy íntima. Efectivamente, el operador jurídico que dirima un litigio sobre una compraventa internacional de mercaderías debe comprobar, en primer lugar, que la CISG aplique de forma directa (art. 1.a CISG), puesto que la ley uniforme desplaza la aplicación de la norma de conflicto. Para esto, se debe basar exclusivamente en los ámbitos de aplicación de la CISG.

Sin embargo, debe tener presente que en tres casos puntuales, deberá obligatoriamente utilizar la norma de conflicto del foro (doméstica o internacional) para elegir o complementar la ley del contrato: 1. Para aplicar la CISG de manera

⁸ Preámbulo de la Convención de Viena de 1980 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías.

indirecta. 2. Para llenar los vacíos que deja la convención. 3. Para escoger la ley aplicable al contrato internacional si las partes hicieron uso de la facultad de exclusión que contempla el artículo 6 CISG. Se profundizará en estas cuestiones.

El artículo 1.1.b.9 insta la aplicación indirecta de la CISG. Lo anterior se presenta cuando no es posible aplicar directamente el texto uniforme de acuerdo con el art. 1.1.a10, esto es, cuando a pesar de tener las partes sus establecimientos en estados diferentes, uno o ninguno es Estado parte de la CISG.

Como no puede aplicarse directa y automática el texto de la convención, la normatividad uniforme regula una segunda opción por medio de la intervención de la norma conflictual. Esta posibilidad se presenta cuando la norma conflictual del juez que conoce el caso, remite a la ley de un país que es parte de la CISG, y como la convención hace parte del derecho interno de ese Estado, dicha norma debe utilizarse obligatoriamente por el juez para fallar de fondo. Nótese que para aplicar la norma uniforme, en este caso, es “indispensable y prerequisite” utilizar la norma de conflicto (Mistelis, 2011b, p. 23).

Por otra parte, si el contrato es regulado por la CISG, ya sea por su aplicación directa o incluso la indirecta, el juez debe utilizar, también, la norma de conflicto para llenar los vacíos que deja el texto convencional. En efecto, como ya se mencionó, la CISG no regula la totalidad de situaciones que puedan presentarse en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, por lo que estos vacíos necesariamente deben ser llenados con la norma nacional, mediante la intervención de la norma de conflicto interna o uniforme. Por esta razón se recomienda, aún si es aplicable de forma directa el texto de la convención, redactar una cláusula de elección de ley aplicable haciendo uso de la autonomía conflictual (Mistelis, 2011b, p. 23).

Finalmente, el juez utilizará la norma de conflicto cuando, a pesar de que es aplicable la CISG al contrato internacional, las partes deciden excluir el texto convencional como norma aplicable a su contrato. Esto sucede porque la autonomía de la voluntad de los contratantes debe ser respetada por el juez que dirime el litigio, y por lo tanto, obligatoriamente ha de fallar con una ley diferente a la CISG, y esta ley será identificada por medio de la norma de conflicto del foro.

En consecuencia, para regular una compraventa internacional de mercaderías el juez debe acudir a la norma uniforme y/o a la norma interna. En unos casos la CISG desplaza a la norma interna (aplicación directa e indirecta), en otros eventos la CISG y la norma interna se complementan (cuando es necesario llenar los vacíos de la convención, o cuando hay una exclusión parcial), y en otros casos la norma

⁹ “b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”.

¹⁰ “1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes [...]”

interna regula exclusivamente el contrato internacional (cuando no se aplica ni directa ni indirectamente la convención y cuando las partes excluyen totalmente el texto de la CISG).

Exclusión de la Convención de Viena de 1980

La CISG es una norma material uniforme que regula algunos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, y tiene una especial característica: su aplicación es muy restringida. Efectivamente, incluso cuando todos los requisitos contemplados en los artículos 1-5 CISG se cumplen a cabalidad, esto no significa que la convención necesariamente va a regular la relación jurídica (Ferrari, 2004), pues ésta se aplica solo en la medida en que no se pueda establecer una intención contraria de las partes (Bonell, 1987). Lo anterior, porque a pesar de ser una ley uniforme, tiene carácter dispositivo por parte de los contratantes.

Los redactores del convenio reconocieron el rol central que desempeña la autonomía de los contratantes en el comercio internacional (Cadena, 2005) y en particular en las ventas internacionales (Ferrari, 2005), por tal motivo, instituyeron la expresión máxima de este principio en el artículo 6 (Graves, 2011, p. 127), instaurando que de común acuerdo las partes “podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”¹¹. De esta forma, se reafirma uno de los principios generales incorporados en la Convención de la Haya de 1964, el cual establece “*the principle that the primary source of the rules governing international sales contracts is party autonomy*” (Ferrari, 2004, p. 116).

Esta posibilidad de excluir el texto de la CISG generó algunas preocupaciones, ya que el contratante económicamente más fuerte podría abusar de su poder imponiendo su propia ley nacional. Por tal motivo, no faltaron propuestas que pretendieron limitar la autonomía de las partes¹². No obstante, se concluyó que la autonomía de la voluntad debería ser tan amplia que incluso permitiese la exclusión tácita de la Convención (Bonell, 1987). Justamente, en la actualidad se ha abandonado la doctrina que indicaba que la única forma de excluir la aplicación de la CISG era haciéndolo de manera explícita (Murphy, 1989, p. 743), y se ha abierto paso a las denominadas exclusiones implícitas o tácitas (Menezes & Ribeiro, 2018, p. 129).

En consecuencia, las partes de mutuo acuerdo pueden excluir totalmente la aplicación de la CISG, establecer que no se apliquen determinadas secciones de la Convención, o incluso excluir algunos concretos artículos (Calvo, 1998, p. 92).

¹¹ Artículo 6 de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías de 1980.

¹² Una de esas propuestas sugería que las partes, al excluir la convención en su totalidad o la derogación de cualquiera de sus disposiciones, deberían estar obligadas a indicar qué otra ley o normas deben regir su contrato.

Conclusión obligada de lo anterior, es que la ausencia de un acuerdo de exclusión¹³ constituye también un requisito de aplicabilidad de la CISG (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 106). Este acuerdo de exclusión puede ser expreso o tácito, según se verá.

Exclusión expresa

Las partes de un contrato de compraventa internacional pueden pactar que la CISG no se aplique a su relación jurídica en todo o en parte. A diferencia de la propuesta de compraventa europea, donde el acuerdo expreso se requiere para la aplicación de la norma común¹⁴, la Convención dispone que las partes en su contrato o en un documento separado, pueden optar por descartar en todo o en parte la CISG; esto es lo que se conoce como el pacto de “*non lege utenda*” (Calvo, 1998, p. 95). Por lo tanto, para que los contratantes puedan hacer uso de la posibilidad de exclusión contemplada en el artículo 6 CISG, se requiere, que el acuerdo sea mutuo¹⁵, claro, inequívoco y afirmativo (Menezes & Ribeiro, 2018, p. 127). Consecuentemente, una manifestación unilateral en tal sentido carece de toda fuerza obligatoria (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 105), e incluso cuando se alcanza un acuerdo entre las partes, ha de tenerse muy en cuenta “el lenguaje” con el que se hace la exclusión (Farnsworth, 1988).

Lo lógico es que los contratantes, antes de tomar la decisión de establecer este pacto, analicen que efectivamente la CISG le es aplicable a su relación jurídica, por cumplirse todos los presupuestos establecidos por los artículos 1-5 CISG, ya que solo así se entendería razonable establecer un acuerdo en este sentido.

La exclusión expresa de la CISG puede presentar tres variantes:

a. Exclusión expresa con indicación de la ley aplicable. Si las partes además de excluir la aplicación de la CISG indican —en uso de su autonomía conflictual— cuál es la norma nacional que debe regular el contrato, el juez debe aplicar para solucionar el asunto el ordenamiento jurídico elegido por los contratantes, descartando el uso de la CISG. Esta elección debe hacerse siguiendo los parámetros

¹³ Así lo analizan las siguientes sentencias: “*The parties did not exclude the application of the Convention according to Art. 6: Furniture case, Appellate Court Hamm, Germany, 23 June 1998*”; “*The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“Vienna Sales Convention”, CISG) of 11 April 1980 applies – unless otherwise stipulated (Art. 6)...” Bonaldo vs. A.F Switzerland, Appellate Court Valais, 29 June 1994*; *Leather goods case, Appellate Court München, Germany, 9 July 1997*.

¹⁴ Artículo 8.1. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD) C7-0329/11: “La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes. La existencia de dicho acuerdo y su validez se determinarán con arreglo a los apartados 2 y 3 del presente artículo y al artículo 9, así como a las disposiciones pertinentes de la normativa común de compraventa europea”.

¹⁵ *Vid. Fat for frying case, District Court Kiel, Germany 27 July 2004*.

establecidos por la ley del foro¹⁶, la cual puede permitir dicha designación, incluso, en el curso del proceso judicial (Menezes & Ribeiro, 2018, p. 127).

Es importante destacar que la CISG solo les exige a las partes del contrato que manifiesten su consentimiento de descartar la aplicación total o parcial de la Convención, pero no les exige que establezcan un cuerpo jurídico de reemplazo.

b. Exclusión expresa sin designación de ley aplicable. Si las partes excluyen la CISG, pero no designan la norma que regula el contrato, lo que procede, es que el juez utilice las normas de conflicto del foro en ausencia de elección de parte para determinar la ley del contrato. Si estas disposiciones designan la legislación de un Estado que no es parte de la CISG, se utilizan las normas internas para fallar de fondo. Si, por el contrario, designa la ley de un Estado parte de la CISG, el juez debe descartar el uso de la Convención y utilizar las normas internas. Lo anterior, porque las partes expresamente descartaron la aplicación de la CISG, y el operador jurídico debe atender a la voluntad de las partes.

c. Exclusión parcial. Si las partes excluyen parcialmente la CISG y no establecen una norma sustituta, el juez debe regular los asuntos descartados con una ley diferente a la Convención. Existen dos posiciones doctrinales respecto del camino que debe seguir el operador jurídico para llenar estos vacíos: La primera, considera que para los asuntos excluidos deben aplicarse los principios generales consagrados en el artículo 7.2 de la CISG:

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 privado¹⁷.

Es decir, la propia CISG es la que regula el vacío que deja la exclusión.

La segunda posición considera que para aquellos asuntos excluidos debe aplicarse la ley designada por la norma de conflicto del foro (Ferrari, 2004. Esta es la opinión que debe prevalecer, pues en palabras de Ferrari, la opinión contraria haría que “la exclusión no tuviese un significado práctico. De hecho, no tendría mucho sentido sustituir las soluciones específicas previstas por la Convención y que, por lo tanto, están necesariamente en conformidad con sus principios generales, con soluciones que están en conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención” (Ferrari, 2005).

¹⁶ Colombia no cuenta con parámetros legales para el ejercicio de la autonomía conflictual, como si se encuentra regulado en el artículo 3 del reglamento Roma I de la Unión Europea.

¹⁷ Artículo 7.2 de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías de 1980.

Exclusión tácita

Las disposiciones de la CISG no establecen de manera directa la posibilidad de hacer una exclusión tácita (en todo o en parte) del texto de la convención, como si lo traía el Art. 3 de ULIS 1964. Según esta norma, la exclusión podría ser “expresa o implícita” (Honnold, 1999). Esto produjo una división en la doctrina acerca de permitir dicha posibilidad en la CISG, sin embargo, esta ausencia de regulación directa no debe interpretarse de restrictivamente, pues solo tiene el objetivo de disuadir a los tribunales a inferir fácilmente una exclusión o exención “implícita” de las disposiciones del Convenio (Ferrari, 2005; Menezes & Ribeiro, 2018).

Siguiendo esta interpretación, hoy en día existe un generalizado consenso acerca de la utilidad y conveniencia de la exclusión tácita de la CISG (Borisova, 2004), siempre y cuando reúna dos requisitos: que sea “real (se deduzca con claridad de acuerdo a las circunstancias del contrato) y conciente (las partes conocen la aplicación de la CISG y por eso pretenden excluirla)” (Calvo, 1998, p. 95; Oviedo, 2009).

Supuestos de exclusión tácita

La jurisprudencia y la doctrina han establecido que aunque las partes no hayan perfeccionado un acuerdo en el sentido de descartar en todo o en parte el uso de la CISG, en cinco supuestos se puede excluir la convención de forma tácita. Se analizarán cada uno de ellos.

a. El primero se presenta cuando las partes eligen como ley aplicable las normas jurídicas de un Estado que no hace parte de la CISG (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 106). Aquí los contratantes en virtud de su autonomía conflictual eligen como ley aplicable las normas sustantivas de un Estado que no ha ratificado la CISG, y como la autonomía de los contratantes debe prevalecer, la CISG no es aplicable para regular este contrato. No obstante, esta elección de ley debe cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto en la norma de conflicto del foro (Schlechtriem, 2005, p. 1). Es importante destacar que los contratantes no pactan expresamente excluir la CISG, tan solo designan la ley nacional aplicable a su contrato.

b. En segundo lugar, las partes eligen como ley aplicable las normas jurídicas internas de un Estado parte de la CISG. Para este supuesto dos posturas predominan. Una primera considera que esta elección de ley “*ought to amount to an implicit exclusion of the CISG because otherwise the manifested intent of the parties would have no practical meaning*” (Ferrari, 2004, p. 124). Es decir, si las partes hicieron la elección de la ley ese Estado (que es parte de la CISG), lo hicieron con la intención —no manifiesta— de excluir la CISG, pues de lo contrario ¿qué sentido tendría tal elección? (Karollus, 1991).

La segunda postura se opone a la primera y afirma que esta elección de ley no excluye la aplicación de la CISG¹⁸. En efecto, lo que hace esta designación es suplir los vacíos que tiene la CISG, es decir, la Convención opera para aquellas cuestiones que están dentro de su ámbito de aplicación, y para lo no regulado, se emplea la ley interna escogida por los contratantes (por ejemplo la validez del contrato), evitando así tener que recurrir a las complejas reglas del DIPr. para determinar la ley aplicable a los asuntos no regulados por la CISG (Ferrari, 2005). Así lo sostuvo el siguiente laudo arbitral:

The problem arises in situations when the parties opted for a national law that encompasses the Vienna Convention to be applicable. Part of comparative judicial and arbitral practice is of the opinion that the choice of a national law of a State that is a party to the Convention implicitly entails exclusion of the Vienna Convention and application of internal law instead, since if it had been otherwise, the choice of applicable law would be rendered meaningless. The majority standing however is that the choice of a national law of a State party to the Convention includes the applicability of the Vienna Convention since it regulates the international sale of goods in the State whose laws were chosen as applicable, while the internal law will be applied with respect to the issues not governed by the Vienna Convention. If the parties opted for a law of certain State to be applied, without expressly delineating that they choose internal law of the State, the Vienna Convention will be applicable¹⁹.

Por lo tanto, si lo que pretenden las partes es derogar la aplicación del texto de la CISG, deben dejar claridad en este sentido (Schlechtriem, 2005, p. 1). Esta interpretación es la que debe prevalecer, pues en palabras del profesor Ferrari (2004) *“avoids having to resort to the complex rules of private international law in order to determine the law applicable to issues not governed by the CISG”* (127).

¹⁸ Así lo establecen distintos pronunciamientos judiciales: *Peat fuel bricks case*, Economic Court of Grodno Region, Belarus, 21 January 2008; *Surface protective film case*, Supreme Court, Germany, 25 November 1998: “The Court of Appeals explains that the CISG applies to the legal relationship between the parties since Germany and Austria are Contracting States to the Convention. The choice of law provision in No. 13 of the [Seller]’s general terms and conditions (“German law applies”) does not contradict this finding”; *Furniture case*, District Court Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997: “Both parties are correspondingly and exclusively relying on the applicability of Swiss law. According to case law and literature cited above, this cannot in itself constitute an implied choice of law. However, there is another objective indicating factor in the case at hand: Art. 3.1 of the [Seller]’s “Condizioni Generali di Vendita” (General Sales Conditions; hereinafter referred to as “cgv”) provides for Italian law to apply. These conditions were signed by both parties and submitted to the present proceedings ([Seller]’s exhibit 4, [Buyer]’s exhibit 196). Therefore, the parties have known of their content and were aware of having made a choice of law in favor of Italian law. When the parties now expressly refrain from relying on these provisions and base their whole submissions solely on Swiss law instead, it means that such corresponding conduct is to be regarded as an implied choice of Swiss law. As a consequence, the present dispute is governed by Swiss law”; *Tinned cucumbers case*, Appellate Court Düsseldorf, Germany, 8 January 1993.

¹⁹ *Agricultural products and cereals case*, Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 6 May 2010.

La jurisprudencia avala esta posición, pues cuando las partes han establecido en su contrato que se aplica la “ley de Australia”²⁰, la ley de Suiza²¹, o la ley del “país del vendedor”²², el juzgador ha interpretado que los contratantes están “reafirmando” la aplicación de la CISG y no el uso de la norma interna (Lookofsky, 2003, p. 273).

c. Las partes también podrán descartar la aplicación total o parcial de la CISG mediante el uso de “condiciones generales de contratación”²³ siempre y cuando estén “válidamente incluidas en el contrato”, (Calvo, 1998, p. 95; Schwenger & Hachem, 2016, p. 106) y su contenido esté enormemente influenciado por reglas y conceptos de un sistema legal concreto, que sea incompatible con la CISG, e implícitamente las partes manifiesten la intención de que su contrato sea gobernado por ese cuerpo legal. Asimismo, su uso sugiere la intención de excluir la aplicación de la CISG como un todo (Ferrari, 2004, p. 128).

d. La elección del Tribunal competente también podría excluir la aplicación de la CISG. Esto se plantea en el caso del arbitraje con dos requisitos: 1. Que se pueda inferir que la elección del Tribunal arbitral lleva también implícita la elección de la ley del foro como la aplicable al contrato. 2. Las partes deben elegir un Tribunal que no esté ubicado en un país contratante de la CISG (Ferrari, 2004, p. 128). No obstante, debe considerarse que la sola existencia de esta cláusula no es suficiente para descartar la aplicación de la Convención, esto porque la elección del foro es comúnmente motivada por razones diversas a las que llevan a la designación de la ley aplicable al contrato, por ejemplo, los costos del proceso (Schwenger & Hachem, 2016, p. 112).

e. Un caso más controvertido sucede cuando las partes no acuerdan excluir la CISG, pero en el proceso judicial basan sus argumentos en normas jurídicas de derecho interno, y en este preciso caso, se cumplen todos los criterios de aplicación de la Convención²⁴. Algunos tribunales han establecido que dicha circunstancia

²⁰ Battery machinery case, ICC Arbitration Case No. 7660 of 23 August 1994.

²¹ ICC CASE 7565/1994

²² Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999. “The fact that the parties agreed on the applicability of a certain national law to their sales contract does not preclude the applicability of the CISG if the commercial activities of the parties focus on different Contracting States of the CISG and if the parties did not explicitly exclude the application of the CISG. The law chosen by the parties then applies subsidiarily”.

²³ Sobre la no exclusión de la CISG por condiciones generales de contratación Vid. Auto case, Appellate Court, Linz, Austria, 23 January 2006; Tantalum powder case, Supreme Court, Austria, 17 December 2003

²⁴ Sobre este aspecto véase Oviedo (2009).

excluye la aplicación de la CISG²⁵. Sin embargo, la posición que debe ser asumida en este caso es que “el solo hecho de que las partes litiguen sobre la base de la ley doméstica, no conduce *per se* a la exclusión de la CISG” (Ferrari, 2004, p. 131). Así lo sostuvo un tribunal italiano al exponer que “no puede considerarse que los contratantes han hecho una exclusión de la CISG en los términos del artículo 6, cuando en el desarrollo del proceso judicial hayan hecho una remisión al Derecho interno”²⁶.

Lo anterior, debido a que en no pocos casos esta circunstancia ocurre porque las partes ignoran que la normatividad aplicable es la CISG, y por lo tanto, se ha sostenido que “*statements based on ignorance are not agreement, because they lack the necessary intention to be bound*” (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 112).

Solo se podría llegar a la exclusión de la norma convencional, cuando las partes al realizar la elección de la ley doméstica para sustentar sus argumentos dentro del litigio, sean conscientes de la aplicabilidad del CISG, o cuando se pueda inferir con certeza que con dicha decisión las partes quisieron excluir la aplicación de la Convención (Ferrari, 2004). Así lo determinó un Tribunal francés en el caso *Weed killer*. Se trataba de un contrato celebrado entre una empresa portuguesa y otra francesa para la venta de productos herbicidas. La empresa francesa -inicialmente compradora- revendió los herbicidas a otra empresa de Tunes, quien a su vez las volvió a vender a otra empresa francesa. Las dos últimas demandaron a las dos primeras por vicios ocultos de la mercancía comprada y basaron sus argumentos en el artículo 1641 del código civil francés. La empresa portuguesa impugnó la decisión del tribunal de apelación donde fueron condenados a pagar distintas sumas de dinero como indemnización. El principal argumento fue que el tribunal debió aplicar de oficio la CISG para fallar de fondo. La Corte de Casación estableció que las partes al haber invocado y discutido el problema contractual bajo la ley interna de Francia, y al conocer

²⁵ Así lo estableció una Corte alemana en la sentencia: *Motorcycle clothing and accessories case, Appellate Court Köln, Germany, 28 May 2001*: “Uncontested by any party, the District Court also rightfully found that there had been an implied designation of German law. It is sufficient for an implied choice of law that both parties jointly assumed a certain jurisdiction to govern their dispute, respectively, that they jointly argue under consideration of a domestic law (cf. Palandt/Heldrich, BGB [*], 60th ed., Art. 27 EGBGB [*] para. 7 with references. This concept applies to the case at hand. Already in the First Instance, the parties founded their submissions on provisions of German substantive law. Moreover, the District Court expressly stated that it would consider an implied designation of the applicable provisions of German law (HGB [*] for CISG), which was not contested by either party in the appellate proceedings”. También puede verse la sentencia Jorge Plaza Oviedo vs. Sociedad Agrícola Sacor Limitada, Corte Suprema, Chile, 22 Septiembre 2008: “Respecto a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, termina la sentencia, debe tenerse presente que de conformidad con su artículo 6° las partes podrán excluir la aplicación del presente convenio o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos, y al no haberse basado la demanda y la réplica en las disposiciones legales de esta Convención, debe entenderse que se renunció tácitamente a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara”; en igual sentido vid. Muller Ecole v. Federal Trait, Supreme Court, France, 26 June 2001; Société Anthon GmbH & Co. vs. SA Tonnellerie Ludonnais, Supreme Court, France, 3 November 2009.

²⁶ *Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a., Tribunale di Vigevano* (Juez A. Rizzieri), 12 julio 2000.

sin lugar a dudas el carácter internacional de la compraventa, habían excluido de modo tácito la CISG de acuerdo con el artículo 6²⁷.

Si lo anterior no se presenta, el juez debe aplicar obligatoriamente la CISG, pues el uso de la ley local, no se consideraría una exclusión de la Convención a efectos del artículo 6, ya que el hecho de que las partes invoquen la ley equivocada en sus actuaciones judiciales no implica la exclusión de la CISG (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 112).

Posibilidad de exclusión y la previsibilidad de la ley aplicable

La CISG ha contribuido en la previsibilidad de la ley aplicable al permitir que 89 Estados cuenten con un mismo cuerpo jurídico para regular algunos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías. Esta norma material uniforme, es sin duda, uno de los casos más exitosos en materia de unificación legal en el mundo, y cuenta ya con abundante doctrina y jurisprudencia que coadyuva en la interpretación uniforme. Sin embargo, —como se expuso— el propio texto de la Convención concede la posibilidad a los contratantes de hacer un pacto de “*non lege utenda*”, es decir, excluir la Convención en todo o en parte.

Teniendo en cuenta que el principal objetivo de la unificación normativa es la previsibilidad de la ley aplicable, dicha pretensión podría quedar en entredicho con la exclusión del texto de la Convención, debido a que el juez que conoce el asunto en ningún caso puede basar su sentencia en la CISG, debiendo utilizar entonces la norma de conflicto para designar el derecho nacional aplicable.

Por esta razón, un pacto de exclusión podría revivir los problemas de previsibilidad de la ley del contrato de compraventa internacional, y podría constituirse en un verdadero obstáculo a la unificación del derecho. Varias precisiones deben hacerse de acuerdo con cada uno de los supuestos de exclusión:

1. Si las partes además de excluir expresamente el texto de la convención, establecen correctamente la norma jurídica que ha de utilizar el juez para fallar de fondo, no pondrían en riesgo la previsibilidad de la ley aplicable, puesto que no existe ley más previsible que aquella que es elegida conjuntamente por los contratantes. Por lo tanto, en este caso la exclusión de la Convención no afectaría la previsibilidad de la ley del contrato.

Sin embargo, debe destacarse que la CISG no regula los requisitos y límites de la autonomía conflictual, luego, debe acudir a las normas de DIPr. del foro para determinar si dicha elección es válida de acuerdo con sus disposiciones

²⁷ Weed killer case, Supreme Court, France, 25 October 2005.

(Bonell, 1987). En consecuencia, los límites a esta posibilidad se encuentran en las normas de DIPr. del juez que conoce el litigio, y es aquí donde esta opción puede generar incertidumbre. En efecto, la incertidumbre se presenta porque aunque existen países que cuentan con cuerpos jurídicos que regulan de modo directo la autonomía conflictual, por ejemplo aquellos que hacen parte del Reglamento Roma I (art. 3) o de la Convención de México de 1994 (art. 7), muchos otros Estados no contemplan una regulación específica sobre el tema, dejando a la discrecionalidad del juez los límites o incluso la validez de una cláusula en este sentido. Tal es el caso de las normas internas colombianas. Aquí un breve vistazo.

La autonomía conflictual se encuentra ausente en la legislación de Colombia, por lo que hay que recurrir a otras disposiciones jurídicas internas e internacionales, para encontrar un sustento legal que avale este derecho.

En primer lugar, se acude a los artículos 1602, 15, 16 del código civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se hará por los mismos contratantes o por aquellas causas legales que así lo estipulen. Así pues, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la ley que regulará el contrato de compraventa internacional.

Justamente, los artículos 15 y 16 del código civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quién renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras.

Por su parte el artículo 16 del código civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo que indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden establecer cláusulas a su contrato de común acuerdo.

Justamente, en este punto existe un debate sobre si el artículo 869 del código de comercio (norma de conflicto en materia mercantil) es una norma imperativa que impide a las partes pactar de mutuo acuerdo una ley diferente a la determinada por la disposición (Oviedo, 2013 p. 11). Sin embargo, la interpretación que debe prevalecer es aquella que identifica esta disposición como una norma no imperativa, permitiendo a las partes la autonomía conflictual.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores normas, se debe considerar que una cláusula que establezca la ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto.

De igual forma, se podría acudir a los tratados internacionales que han sido firmados, pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual, tal es el caso de la Convención de México de 1994; también podrá recurrirse, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que permita o prohíba directamente la autonomía conflictual²⁸, por lo tanto, la designación de la ley aplicable al contrato internacional es un acuerdo válido que no va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano, y que ya viene siendo avalado por la jurisprudencia²⁹.

No obstante, esta interpretación, el hecho de que países como Colombia no cuenten con una regulación específica sobre la autonomía conflictual, indudablemente incrementa la incertidumbre, dado que los contratantes que pretendan excluir la CISG y hacer una designación de ley de reemplazo, no pueden conocer *ex ante* si su designación es válida, pues finalmente será el juez quién defina tal situación utilizando por analogía las normas mencionadas.

De acuerdo con lo dicho, si las partes expresamente excluyen el texto de la CISG, y adicionalmente cumplen con los requisitos establecidos por las normas de conflicto para la elección del derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías, no se presentarían los problemas de previsibilidad de la ley del contrato. Sin embargo, si según la norma de conflicto del foro la elección de ley hecha por los contratantes contraviene las disposiciones sobre tal materia, el juez debe desechar tal elección y acudir a las normas en defecto de elección (Art. 4 Reglamento Roma I, Art. 20 CC colombiano, Art. 869 CCo colombiano) para establecer la ley del contrato. De tal suerte que, si del uso de la norma de conflicto se desprende que la ley aplicable es la de un país no contratante de la CISG, se aplicarán sus normas internas para fallar de fondo. Para el caso en que se identifique como ley del contrato las normas jurídicas de un país parte de la Convención, se deben aplicar, también, sus leyes internas, puesto que las partes, de manera inequívoca, excluyeron de su contrato el texto de la CISG y su autonomía ha de prevalecer (Ferrari, 2005).

²⁸ Excepto el artículo 1328 del código de comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial, pero incluso esta disposición solo instaura una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano, lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de ley por fuera de esta restricción, por ejemplo, cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

²⁹ *Vid.* Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 21 de febrero de 2012.

Por lo tanto, si no existe ley que regule la autonomía conflictual, o existiendo, las partes realizan una designación inválida de acuerdo con esas disposiciones, indudablemente la exclusión de la CISG estaría afectando la previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías.

1. Si las partes excluyen el texto de la CISG pero no hacen uso de su autonomía conflictual, o si hecha la elección resultare inválida según las normas de DIPr. del foro, estarían propiciando deliberadamente el retorno de la incertidumbre, porque no queda otro camino para el juez que designar la ley del contrato internacional por medio de su propia norma de conflicto. Es decir, con su decisión las partes están cambiando previsibilidad por incerteza. Lo anterior, porque los puntos de conexión son muy disímiles, van desde puntos rígidos (como el artículo 4.1 de Reglamento Roma I) que disminuyen la discrecionalidad judicial propiciando mayor certeza de resultado, hasta puntos de conexión flexibles (artículo 9 Convención de México de 1994) que otorgan un rol determinante al juzgador a la hora de elegir la ley del contrato, favoreciendo indudablemente la incertidumbre. Incluso, la situación puede ser aún peor, pues en países como Colombia que no cuenta con una ley de DIPr. moderna y que sus normas de conflicto unilaterales son vagas y confusas, la designación de la ley al contrato de compraventa internacional resulta precaria, como se verá a continuación.

Las normas de conflicto internas en Colombia se encuentran plasmadas en el código civil y en el código de comercio, separadas por la ya obsoleta distinción entre relaciones jurídicas de índole mercantil y civil. Estas normas son unilaterales, es decir, solo determinan cuándo es aplicable la ley colombiana, y no contienen reglas para establecer la ley extranjera.

El Código civil colombiano cuenta con una norma de conflicto en materia contractual en su artículo 20³⁰. Para un buen entendimiento de esta compleja disposición se debe establecer en primer término el lugar de ejecución del contrato. Si el contrato debe ejecutarse en Colombia se aplicará la ley colombiana según inciso 3 del artículo 20 del código civil. Sin embargo, si el contrato debe ejecutarse en el extranjero, en principio no se aplicaría la ley colombiana, salvo que dicho contrato afecte intereses de la nación. Para saber cuáles contratos afectan los intereses de la nación se debe atender, en primer lugar, aquellos contratos en que la propia ley lo manifiesta de forma expresa (Aljure, 2007). Asimismo, afectan el interés de la nación los contratos que versen sobre bienes situados en el territorio colombiano, por la soberanía estatal que se ejerce sobre el suelo. También cuando

³⁰ "Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión".

una disposición de orden público establezca la aplicación de la ley colombiana. En conclusión, se aplicará la ley de Colombia a aquellos contratos internacionales que deban cumplirse dentro del territorio nacional o cuando dichos contratos afecten los derechos o intereses de la nación (Aljure, 2007).

El Código de comercio, por su parte, tiene establecida una norma de conflicto general ubicada en el artículo 869³¹. El punto de conexión de esta norma es el lugar de ejecución de los contratos —en este caso mercantiles—, pero al ser unilateral, solo determina cuándo se aplica la ley sustantiva colombiana. De esta manera, si el contrato internacional debe cumplirse dentro del territorio nacional, serán las leyes colombianas las que regularán el fondo del asunto, basados en el principio *lex loci solutionis*. La pregunta que surge aquí es: ¿si el contrato de compraventa es ejecutado en el extranjero también se aplica la ley del lugar de su ejecución? La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que “debe entenderse de manera genérica que será aplicable la ley del país de la ejecución del contrato, ésta debe ser la interpretación adecuada de este artículo, ya que no se ha producido la bilateralidad de la norma por vía jurisprudencial” (Medina, 2007). Adicionalmente, porque el juez colombiano necesariamente debe establecer la norma sustantiva mediante el uso la norma de conflicto, y al no aplicarse la ley colombiana porque el contrato no se ejecuta en el país, el operador jurídico debe usar la ley del país donde se ejecuta efectivamente el contrato, y esto lo hace mediante la interpretación extensiva de la norma de conflicto unilateral.

El breve panorama expresado anteriormente, muestra con claridad la enorme dificultad de establecer la ley aplicable al contrato de compraventa internacional por medio de la norma de conflicto colombiana. Y justamente esto es lo que la unificación normativa por medio de la CISG pretende evitar, así que la conclusión obligada sería que si las partes de modo expreso excluyen la aplicación de la Convención y no hacen una válida elección de ley, dejarían que la incerteza gobierne su contrato internacional.

2. Los eventos de exclusión tácita contemplados por la doctrina y la jurisprudencia no constituyen un límite para la previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Justamente, en todos estos supuestos (que son bastante restringidos y excepcionales) las partes eligen la ley del contrato —en unos de manera directa y en otros de forma implícita (elección de tribunal, en el proceso las partes basan sus argumentos en una norma interna)—, aunque sin excluir de modo expreso la CISG. Esto posibilita que el juez que conoce el asunto, utilice las normas elegidas por las partes (de manera directa o implícita) para fallar de fondo, evitando así la incertidumbre de la ley del contrato.

³¹ “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley Colombiana”.

En conclusión, solo cuando las partes hacen una exclusión expresa de la CISG con correcta designación de la ley aplicable, y en los casos de exclusión tácita, la decisión de descartar la Convención para regular el contrato de compraventa internacional no afectaría la previsibilidad de la ley aplicable, objetivo primario de las normas materiales uniformes.

Conclusiones

La unificación de la ley material brinda seguridad jurídica internacional a los contratantes al evitar el conflicto de leyes, permitiendo previsibilidad de la ley del contrato. No obstante, hoy no se han podido superar los múltiples problemas que esta unificación legal conlleva, tales como: consenso internacional, ámbitos de aplicación, problemas de interpretación, entre otros.

Lo anterior, trae como consecuencia que el juez que dirime el asunto deba acudir, en varios escenarios, a la norma de conflicto para llenar los vacíos que deja la ley uniforme, es decir, para complementarla, e incluso para sustituirla, cuando la relación jurídica no se inscribe en sus ámbitos de aplicación. Por esto, hoy más que nunca debe estudiarse la relación entre las normas materiales uniformes y las normas de conflicto (internas o uniformes).

La CISG es un referente jurídico en materia de uniformidad material para el contrato de compraventa internacional de mercaderías, no obstante, su aplicación es limitada. Esto se debe a que solamente regula algunos aspectos de la compraventa de mercaderías, y al hecho de excluir de su clausulado a muchas compraventas internacionales.

Otro aspecto trascendental en la aplicación de la CISG, es la posibilidad de excluir en todo o en parte, el texto de la Convención. Esta posibilidad de exclusión debe valorarse de manera positiva, pues no hace otra cosa que respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes, principio básico del derecho internacional privado.

Sin embargo, de este trabajo se deriva que, cuando las partes de manera expresa excluyen la aplicación de la CISG, sin hacer uso de su autonomía de la voluntad conflictual, es decir, sin elegir la ley que reemplaza el texto uniforme, se está obstaculizando el principal objetivo de la unificación material: la previsibilidad de la ley del contrato. Lo anterior sucede porque el juez debe acudir a su propia norma de conflicto en defecto de elección para identificar la ley del contrato, y como se tuvo oportunidad de analizar, muchas normas conflictuales poseen puntos de conexión flexibles que no permiten tener certeza del resultado de dicha elección, e incluso, muchos países cuentan con normas de conflicto unilaterales y obsoletas.

Asimismo, se genera incertidumbre cuando los contratantes haciendo uso de su autonomía conflictual, designan de manera errada la ley del contrato (de acuerdo con las normas del foro), puesto que, en este caso, el juez también debe acudir a la norma de conflicto en defecto de elección, surgiendo los problemas antes mencionados.

Finalmente, la exclusión de la CISG produce ausencia de previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías, cuando el país del juez que conoce el asunto, no cuenta con una regulación íntegra sobre la autonomía conflictual, debido a que las partes no pueden adaptar su elección a una ley preestablecida, y asimismo, porque incluso la propia posibilidad de establecer dicha cláusula, queda en manos de la discrecionalidad judicial, lo que indudablemente repercute de forma negativa en la seguridad jurídica contractual.

Referencias bibliográficas

- Aljure, A. (2007). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En Mantilla, F. y Terera, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado* (351-370). Bogotá: Legis.
- Appellate Court Düsseldorf, Germany, 8 January 1993. Tinned cucumbers case.
- Appellate Court Hamm, Germany, 23 June 1998. Furniture case.
- Appellate Court Köln, Germany, 28 May 2001. Motorcycle clothing and accessories case.
- Appellate Court München, Germany, 9 July 1997. Leather goods case.
- Appellate Court Valais, 29 June 1994. Bonaldo vs. A.F Switzerland.
- Appellate Court, Linz, Austria, 23 January 2006. Auto case.
- Arbitration proceeding 54/1999, Russia 24 January 2000.
- Baasch, C. (2001). Uniformity in the CISG in the first decade of its application. In I. Fletcher, L. Mistelis & M. Cremona (eds.), *Foundations and perspectives of international trade law* (pp. 290-309). London: Sweet & Maxwell.
- Basedow, J. (2000). The effects of Globalizations on Private International Law. In J. Basedow & T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflict of laws, internet, capital Markets and insolvency in a Global Economy* (pp. 1-10). The Hague: Kluwer Law International.
- Boggiano, A. (1998). La solución de controversias: Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros. En F. Mestre (ed.), *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 167-174). Roma: UNIDROIT.
- Bonell, M. (1987). Article 6. En M. Bonell, C. Bianca & C. Massimo (eds.), *Commentary on the International Sales Law* (pp. 51-64). Milan: Giuffrè.
- Borisova, B. (2004). *Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG, 2004*. Recuperado de [//cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html](http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html)
- Cadena, W. (2005). Impacto en Colombia de la *Lex Mercatoria*. *Revista electrónica de difusión científica*, (11), 1-21.
- Calvo, A. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.

- Corte Suprema, Chile, 22 Septiembre 2008. Jorge Plaza Oviedo vs. Sociedad Agrícola Sacor Limitada.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 21 de febrero de 2012.
- Court of appeal New South Wales (Australia) 12 March 1992.
- Court of appeal of Wellington (New Zealand) 3 October 2001.
- District Court Kiel, Germany 27 July 2004. Fat for frying case.
- District Court Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997. Furniture case.
- Economic Court of Grodno Region, Belarus, 21 January 2008. Peat fuel bricks case.
- Farnsworth, E. (1988). Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention. *Cornell International Law Journal*, (21). Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol21/iss3/3>
- Federal Court of Australia (Australia) 3 November 2000.
- Ferrari, F. (2004). CIGS rules on exclusion and derogation: article 6. In F. Ferrari, H. Flechtner & R. Brand (eds.), *The draft UNCIRAL Digest and Beyond: Cases, analysis Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (pp. 114-137). München: Sellier European Law Publishers.
- Ferrari, F. (2005). Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CIGS. *Journal of Law and Commerce*, (25), 13-37.
- Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 6 May 2010. Agricultural products and cereals case.
- Graves, J. (2011). CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity. *Belgrade Law Review*, (3), 124-139.
- Honnold, J. (1999). Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. *Kluwer Law International*, (3).
- ICC Arbitration Case No. 7660 of 23 August 1994. Battery machinery case.
- ICC Arbitration Case No. 7565 de1994.
- Karollus, M. (1991). *UN-Kaufrecht: Erste Gerichtsentscheidungen, Österreichisches Recht der Wirtschaft [RdW]* (319).
- Karollus, M. (1995). Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 51-94.
- Kröll, S., Mistelis, L. & Perales, P. (2011). Introduction to the CISG. In S. Kröll, L. Mistelis & P. Perales (eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 1-18). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Lookofsky, J. (2003). In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG). *Duke Journal of Comparative and International Law*, 263-289.
- Martínez, W. (2014). Diversidad y uniformidad legal en materia de obligaciones contractuales. Un análisis desde el punto de vista del derecho internacional privado. *Revista Análisis Internacional*, (5), 77-94.
- Martiny, D. (2004). Bestimmung des Vertragsstatus. En C. Reithmann y D. Martiny (eds.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge* (pp. 1-190). Koln.
- Medina, H. (2007). La ley aplicable al contrato. En F. Mantilla y F. Ternerá (dirs.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 371-382). Bogotá: Legis.
- Menezes, W. & Ribeiro, D. (2018). The Opting-out and Opting-in Systems of the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods (CISG) and its Application in Brazil. *Revista Jurídica*, (50), 122-146.
- Mistelís, L. (2001). Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law. In I. Fletcher, L. Mistelis & M. Cremona (eds.), *Foundations and perspectives of international trade law* (pp. 3-27). London: Sweet & Maxwell.

- Mistelis, L. (2011a). Preamble. In S. Kröll, L. Mistelis & P. Perales (eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 19-20). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Mistelis, L. (2011b). Sphere of application. In S. Kröll, L. Mistelis & P. Perales (eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 21-99). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Murphy, M. (1989). United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law. *Fordham International Law Journal*, (12).
- Operti, D. (1998). El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano. En F. Mestre (ed.), *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 29-75). Roma: UNIDROIT.
- Oviedo-Albán, J. (2009). Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena). *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (14), 191-219.
- Oviedo-Albán, J. (2013). Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012. *Cuadernos de la maestría en derecho*, (3), 7-22.
- Rodríguez, M. (2010). La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional: estado actual de la materia, *Revista e – Mercatoria*, (9),1-40.
- Rojo, L. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.
- Schlechtriem, P. (2005). Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. *Victoria University of Wellington Law Review*, 781-794.
- Schwenzer, I. & Hachem, P. (2016). Sphere of application and general provisions. In I. Schwenzer (ed), *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)* (pp. 17-119). Oxford: Oxford U.P.
- Stoffel, W. (1990). Ein neues Recht des internationalen Warenkaufs in der Schweiz. *Schweizerische juristenzeitung*, (173).
- Supreme Court, France, 26 June 2001. Muller Ecole vs. Federal Trait.
- Supreme Court, Austria, 17 December 2003. Tantalum powder case.
- Supreme Court, France, 25 October 2005. Weed killer case.
- Supreme Court, France, 3 November 2009. Société Anthon GmbH & Co. vs. SA Tonnellerie Ludonnais.
- Supreme Court, Germany, 25 November 1998. Surface protective film case.
- Tribunale di Vigevano (Juez A. Rizzieri), 12 julio 2000. Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.
- Vekas, L. (1987). Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts. *Recht der internationalen wirtschaft*, (346).