

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

SUMARIO: *Introducción. 1. Ámbito de aplicación material. 2. Compraventas excluidas. 3. Aspectos no regulados del contrato de compraventa. 4. Exclusiones voluntarias.*

### INTRODUCCION

La *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, que entró en vigor en México, el 1º de enero de 1989, define claramente en sus seis primeros artículos cuál es su ámbito de aplicación. Señala, en primer término, que solamente se aplicará respecto de compraventas internacionales relacionadas con Estados que sean parte de la convención. Luego precisa ciertos tipos de compraventa, aspectos del contrato y problemas relacionados con él, y ciertos contratos semejantes que no están regidos por la convención. Finalmente establece la norma de que la voluntad de las partes contratantes puede excluir total o parcialmente la aplicación de la convención a los contratos de compraventa internacional.

En el presente trabajo se analiza con detenimiento el contenido y alcance de esos seis artículos, que sirven para delimitar si la convención es aplicable o no a casos concretos.

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

El artículo primero establece que la convención sólo se aplicará a contratos de compraventa internacionales,<sup>1</sup> esto es, precisa el mismo artículo, a contratos cuyas partes tengan su "establecimiento" en esta-

<sup>1</sup> No se aplica respecto de permutas, ni siquiera en casos en que se conviene que el supuesto comprador pague una parte del precio en numerario y la otra en especie o en servicios. La aplicación a la permuta podría cuestionarse en derechos, como el norteamericano, que admiten que el precio de la compraventa puede pagarse en dinero o en otra forma (*Uniform Commercial Code* 2-304). Ver Barrera

dos diferenes. Este es el único criterio para definir si la compraventa es internacional. No importa ya (como lo exigía la *Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, en lo sucesivo se citará por sus siglas en inglés: ULIS, art. 1.1) que las mercancías tengan que ser transportadas de un país a otro, ni que los actos de oferta y aceptación sucedieran en países diversos. Tampoco interesa, lo dice expresamente el art. 1-3, la nacionalidad de las partes, ni si son comerciantes o no.

La convención no define qué entiende por "establecimiento", pero por haber empleado esta palabra, al menos deja en claro que hace a un lado el concepto de domicilio. Por "establecimiento", John Honnold<sup>2</sup> y Erik Jayme<sup>3</sup> entienden un lugar estable, permanente para la realización de negocios.

De acuerdo con eso, no puede considerarse que es un establecimiento, por ejemplo, la oficina provisional que pone un vendedor para llevar a cabo las negociaciones de un contrato importante. Tampoco el lugar donde una de las partes simplemente tiene un representante autorizado para contratar compraventas.

Si una de las partes tiene una pluralidad de establecimientos, lo cual suele ser frecuente en empresas involucradas con el comercio internacional, la convención dispone (art. 10 inciso a) que se tomará como establecimiento el lugar que tenga más relación con el contrato y su cumplimiento. No es decisiva, para este efecto, la distinción entre empresa matriz y empresa filial. Puede ser, por ejemplo, que una empresa tenga su sede principal en un Estado, y una empresa filial, que fue la que contrató, en otro Estado. En este caso el establecimiento a considerar para determinar la aplicabilidad de la convención sería el de la empresa filial, que fue el que guardó una relación más estrecha con el contrato.

Para definir cuál de varios establecimientos es el que guarda mayor relación con el contrato, precisa la convención (mismo artículo

Graf, J., "Ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Temas de Derecho mercantil*, México, 1983, pp. 136 y ss. Artículo originalmente publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXIX, 114, octubre-diciembre de 1979.

<sup>2</sup> Honnold, John, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, trad. por Fernando Sánchez Calero y Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, 1987, p. 103. En lo sucesivo se citará Honnold.

<sup>3</sup> Jayme, E., "International sales contract", en Bianca/Bonell, *Commentary on the international sales law*, Milán, 1987, p. 30. En lo sucesivo se citará esta última obra *Commentary*.

10, inciso a) que deben tomarse en cuenta las circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento del perfeccionamiento del contrato o en cualquier momento anterior a ello. El artículo habla primero de las circunstancias conocidas o previstas antes de la celebración y posteriormente de las conocidas en el momento del perfeccionamiento. Sin embargo, parece más conveniente tomar en cuenta primero las conocidas o previstas en ese momento, y luego las conocidas o previstas con anterioridad.<sup>4</sup> A veces no será fácil determinar cuál es el lugar que guarda más relación con el contrato, por ejemplo, cuando el contrato se perfeccionó en un lugar, pero debe ejecutarse en otro. Los jueces y árbitros tienen aquí, como en muchos otros aspectos de la convención, un campo propicio para desarrollar una interpretación adecuada a las necesidades del comercio internacional.

Puede darse el caso, aunque no sea lo habitual, que una de las partes de una compraventa internacional no tiene un establecimiento en el sentido definido arriba. Entonces, la convención dispone (art. 10), que se tendrá en cuenta el lugar de su "residencia habitual". Este concepto de residencia habitual puede dar lugar a divergencia de interpretaciones, ya que en algunos sistemas jurídicos se entiende simplemente como el lugar donde efectivamente se encuentra una persona, mientras que en otros se requiere además de la presencia física la intención del sujeto de permanecer o residir en ese lugar.<sup>5</sup>

Para que la compraventa sea internacional, la convención requiere que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes. No es necesario que ellas sean de diversa nacionalidad (art. 1-3). Sin embargo, el hecho de que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes resulta irrelevante, a efectos de la aplicación de la convención, cuando, dice el art. 1-2, "ello no resulte del contrato" ni de los tratos e información que hubo entre las partes antes o en el momento de perfeccionarse el contrato. Si las dos partes ignoran el carácter

<sup>4</sup> Así opina Rajskey, J., "Place of business", en *Commentary*, p. 117.

<sup>5</sup> Rajskey, *op. cit.*, p. 118 señala que el concepto de residencia habitual se ha usado en numerosas convenciones de derecho internacional privado, por ser un concepto que denota exclusivamente el hecho de tener objetivamente la residencia en determinado lugar. En cambio, Loewe, R. ("Campo de aplicación de la convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías y problemas de derecho internacional privado conexos", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, p. 24, México) sostiene que en algunos sistemas jurídicos el concepto de residencia habitual exige la intención de residir, y que hay tal divergencia de opiniones en torno a lo que significa residencia habitual, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha hecho una recomendación al respecto, para que sea tomada en cuenta por los legisladores de los países de la región.



internacional de la compraventa, es claro que no se aplica la convención; pero si sólo una de ellas lo ignora, podría pensarse que la convención se aplica respecto de la parte que conoce el carácter internacional de la compraventa, y que no se aplica respecto de la parte ignorante. Al respecto, Roland Loewe<sup>6</sup> afirma que ese criterio es "insostenible", porque la aplicabilidad de la convención no puede ser relativa; en consecuencia, sostiene que la ignorancia de una sola de las partes debe aparejar la no aplicabilidad de la convención. Esta opinión es congruente con la disposición del artículo 7 de la convención que señala que en la interpretación de la misma se deberá procurar la uniformidad en su aplicación.

Lo ordinario será que ambas partes conozcan en qué Estado tiene su establecimiento la contraparte. Pero esto puede no suceder en los casos en que una parte contrata con un representante de la otra. El representante puede tener un establecimiento en el mismo Estado que la parte con quien contrata, mas contratar en nombre de una parte que tiene su establecimiento en un estado diferente.

La convención sólo se aplica a compraventas internacionales cuando éstas se realizan por partes establecidas en Estados contratantes, esto es en Estados que han ratificado la convención. El caso más simple es que las dos partes tengan su establecimiento en Estados contratantes; en este caso la convención se aplica sin lugar a dudas (art. 1-1-a). La regla sufre una excepción, y la convención no se aplica, cuando la compraventa se realiza entre Estados contratantes que han hecho la reserva prevista en el art. 94. Esta reserva consiste en que el Estado declara que la convención no se aplicará respecto de compraventas en que las partes tengan su establecimiento en determinados Estados. La razón de esta reserva es permitir que ciertos países, que ya tienen entre sí un régimen de compraventa semejante al previsto por la convención puedan seguir aplicándolo, independientemente de que se adhieran a la convención para que regule los contratos celebrados con partes que tienen su establecimiento en otros países.<sup>7</sup>

Cuando sólo una de las partes tiene su establecimiento en un Estado contratante, la convención se aplica sólo si la ley aplicable al contrato,

<sup>6</sup> Loewe, R., *op. cit.*, p. 25.

<sup>7</sup> Hasta el 31 de diciembre de 1987, habían hecho esta reserva Finlandia y Suecia, diciendo ambas que la convención no se aplicará respecto de compraventas entre partes que tengan sus establecimientos en Finlandia, Suecia, Dinamarca, Islandia o Noruega. Ver *Multilateral treaties deposited with the Secretary General*, United Nations, N. York, 1988, p. 361.

de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Privado, es la ley del Estado contratante (art. 1-1-b).

En este último supuesto, la aplicación de la convención queda sujeta a las reglas del Derecho Internacional Privado que determinan cuál es la ley aplicable al contrato. Por principio se acepta que las partes pueden elegir (y es recomendable que lo hagan) el derecho aplicable al contrato,<sup>8</sup> de modo que si las partes eligen el derecho de un Estado contratante se aplica la convención. Si no hay esa elección, entonces operan las reglas de conflicto de leyes. Estas reglas varían en cada sistema jurídico; sin embargo, hay una corriente de opinión fuerte, que fue recogida en la *Convención sobre derecho aplicable a compraventas internacionales de mercaderías* (La Haya, 1955)<sup>9</sup> en el sentido de que la ley aplicable es la del lugar donde tiene su establecimiento o residencia habitual la parte que ha de realizar la prestación característica. Por prestación característica se entiende la que no consiste en el pago de una suma de dinero, y en la compraventa es la entrega de las mercancías; por lo tanto, según este criterio, la ley aplicable al contrato de compraventa es la del lugar donde esté establecido o resida habitualmente el vendedor.<sup>10</sup>

En el Derecho mexicano se prevé que, salvo pacto de las partes, la forma de los actos jurídicos se regirá por el Derecho del lugar donde se celebren, y que sus efectos jurídicos se regirán por el Derecho del lugar donde deban ejecutarse. (*Código Civil del Distrito Federal*, art. 13-IV y V.) De acuerdo con estas reglas, la convención regirá la formación del contrato cuando se celebre en México, y las obligaciones

<sup>8</sup> Ver el art. 3-1 de la *Convención sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales*, Roma, 1980. Sobre la posibilidad de que la convención se aplique a un contrato por acuerdo de las partes, ver *infra* no. 4.

<sup>9</sup> Esta convención fue sustituida por una nueva del mismo nombre, aprobada en La Haya, el 22 de diciembre de 1985.

<sup>10</sup> La aplicación de la convención por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado, quedará afectada por razón del foro que resulte competente. En este supuesto, J. P. Plantard ("Le nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", en *Journal du Droit international*, 115, 2, avril-mai-juin, p. 320) distingue tres casos: a) si el foro es un Estado contratante que no ha hecho la reserva del artículo 95 (ver texto *infra*), el juez aplicará la convención si la ley aplicable al contrato resulta la de su propio Estado o la de otro Estado contratante. b). Si el foro es un Estado contratante que ha hecho la reserva prevista en el art. 95, el juez no aplicará la convención si resulta que el Derecho aplicable es su propio Derecho, pero sí la aplicará si resulta que el Derecho aplicable es el de un tercer Estado contratante que no ha hecho esa reserva. c) Si el foro no es un Estado contratante, el juez aplicará la convención, si resulta que el Derecho aplicable es el de un tercer Estado contratante que no hizo esa reserva.



del comprador y del vendedor cuando hayan de ejecutarse en México. El resultado de la aplicación de estas reglas es que la convención podría aplicarse parcialmente, esto es o respecto de la formación del contrato, o respecto de las obligaciones del vendedor o respecto de las obligaciones del comprador, quedando los aspectos del contrato no regulados por la convención para ser resueltos conforme al Derecho extranjero aplicable.

Esta posibilidad de que la convención tuviera una aplicación relativa por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado, que evidentemente contraría el propósito de procurar una reglamentación uniforme del contrato de compraventa internacional, hizo que en la conferencia que discutía la convención se presentara la propuesta de suprimir el inciso 1-b del artículo primero. Se decidió mantener dicho inciso, por la consideración de que mientras la convención no fuera ratificada por numerosos países, la remisión a las reglas de Derecho Internacional o Privado, prevista en dicho inciso, haría que regulara compraventas internacionales que de otro modo quedarían sujetas a los derechos nacionales. Pero se incluyó un nuevo artículo, el 95, que permite a los Estados que ratifiquen la convención hacer la reserva de que no la aplicarán por efecto de dichas reglas; esto significa, en otras palabras, que sólo la aplicarán respecto de compraventas en que las partes están establecidas o residan habitualmente en Estados que sean partes de la convención.<sup>11</sup>

Los países que hacen esta reserva, por una parte, merman la aplicabilidad de la convención, pero, por la otra, aseguran su aplicación unitaria a todo el contrato. Honnold opina,<sup>12</sup> con razón, que los Estados que tienen un Derecho interno adecuado a las necesidades del comercio internacional tenderán a hacer la reserva, en tanto que los Estados que no tienen un Derecho interno de esas características tenderán a no hacerla. México no hizo esta reserva.

## 2. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS

El artículo segundo excluye la aplicación de la convención respecto de cierto tipo de compraventas, sea por razón del propósito de las partes, sea por la forma del contrato, sea por el tipo de mercancías.

<sup>11</sup> Hasta el 31 de diciembre de 1987 habían hecho esta reserva la República Popular China y los Estados Unidos de Norteamérica. Ver *Multilateral treaties deposited with the Secretary General*, United Nations, N. York, 1988, pp. 361 y ss.

<sup>12</sup> Honnold, p. 105.

La primera exclusión (inciso a) es respecto de compras hechas "para uso personal, familiar o doméstico". La razón de esta exclusión es no impedir la aplicación de las legislaciones nacionales de protección al consumidor, que los Estados suelen considerar como leyes de orden público. De no haberse hecho, posiblemente algunos Estados no ratificarían la convención, o podrían presentarse problemas de difícil solución en los Estados partes al entrar en conflicto la aplicación de la convención con las leyes de protección al consumidor.

El criterio de la convención para definir si una compra es para consumo personal no es muy claro. La primera frase del inciso a del art. 2 da un criterio subjetivo, esto es que el comprador adquiera las mercancías "para" consumo personal, familiar o doméstico. Honnold dice<sup>13</sup> que lo determinante es el propósito del comprador en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que incluso no importaría que el comprador utilizara las mercancías para fines profesionales, si cuando las compró se proponía usarlas personalmente.

Pero el inciso contiene una frase restrictiva ("salvo que..."), que dice que no importan los propósitos del comprador si el vendedor, al momento de perfeccionarse el contrato, no sabía ni debía saber que el comprador adquiriría las mercancías para uso personal, familiar o doméstico. El vendedor puede saber que el comprador adquiere para tales fines si éste se lo dice. El vendedor debe de saber que las mercancías se adquieren para esos fines cuando, por el tipo de mercancías o por la cantidad de las mismas, es razonable suponer que se adquieren para ello. Por consiguiente, el vendedor no sabe ni debe de saber el propósito del comprador si éste no se lo dice o el tipo y cantidad de las mercancías no lo hace suponer. Así, en el caso de que el comprador adquiere, con propósito de uso personal y sin decirselo al vendedor, una mercancía que suele ser de uso profesional, y que por lo mismo el vendedor no podía saber que era para uso personal, se aplica la convención, aún cuando el propósito del comprador era el consumo personal.

La definición de una compra como compra de consumo depende, por lo tanto, de dos factores, uno subjetivo, el propósito del comprador, y otro objetivo, el tipo o cantidad de las mercancías. El factor subjetivo es determinante cuando el comprador manifiesta su propósito al vendedor. En los demás casos tienen que considerarse ambos factores.

<sup>13</sup> Honnold, p. 108.



La aplicación de este inciso del artículo puede originar problemas de prueba. Según Honnold,<sup>14</sup> corresponde al comprador probar que compró para uso personal, familiar o doméstico y corresponde al vendedor probar que no sabía ni debía haber sabido los propósitos del comprador.

Cabe preguntar si caen bajo ese inciso las compras hechas por empresas, personas jurídicas, para su "uso personal", por ejemplo compras de equipo de oficina. Como el texto habla de compras hechas para uso "personal, familiar o doméstico", y siendo que estos dos últimos calificativos sólo pueden referirse al uso hecho por personas físicas, se debe entender que la convención sólo se refiere al consumo de personas físicas. Además, las leyes de protección al consumidor, que son las que pretende salvaguardar este artículo de la convención, suelen referirse a los consumidores como personas físicas.

Los incisos *b* y *c* excluyen otro tipo de compraventas, por razón de su forma.

El inciso *b* excluye las ventas por subasta. Esto se debe a que dichas operaciones tienen un proceso peculiar de formación. El vendedor no sabe quién es el comprador, y por tanto no sabe si se aplica o no la convención, hasta que vence el plazo para presentar la mejor oferta. Los redactores de la convención no quisieron sujetar la aplicabilidad de la convención a esa eventualidad.<sup>15</sup>

El inciso *c* excluye, dice la versión española, las "compraventas judiciales". La versión inglesa da una noción más amplia: excluye las compraventas hechas *on execution or otherwise by authority of law*. Esto comprende, dice Khoo,<sup>16</sup> las compraventas hechas por el poder judicial o cuasijudicial del Estado. En esta interpretación cabrían, entre otras, las ventas de mercancías decomisadas hechas por las autoridades aduaneras.

Cuando existe contradicción entre distintas versiones oficiales de la convención, como en este caso, debe resolverse siguiendo la regla que da la *Convención sobre el derecho de los tratados*<sup>17</sup> (art. 33-4), que dice que debe preferirse la versión que más se conforme con los objetivos del tratado. En este caso, como se trata de definir tipos de compraventas que la convención no regula, siendo que uno de los objetivos de la convención (ver su párrafo introductorio) es procurar un régimen

<sup>14</sup> Honnold, p. 109.

<sup>15</sup> Ver Khoo, "Exclusions from convention", en *Commentary*, p. 37.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>17</sup> Aprobada en Viena en 1969. México la ratificó y fue promulgada en el *Diario Oficial* el 14 de febrero de 1975.

uniforme de la compraventa internacional, debe prevalecer la versión de alcance más restringido, la que excluya del régimen de la convención el menor número de compraventas, y esta es la versión española.

Los incisos *d*, *e* y *f* descartan compraventas por razón del tipo de mercancías a que se refieren.

El inciso *d* excluye las que se refieren a valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio o dinero. Esta exclusión, que no se precisa donde el término "mercancías" o semejantes (*goods*) denota exclusivamente bienes corporales, si pareció necesaria para los sistemas jurídicos en que podrían confundirse bajo un mismo término los bienes corporales y los incorporales, de modo que pudiera interpretarse que la convención también se aplicaría respecto de contratos que tuvieron por objeto estos últimos.

El inciso *e* se refiere a las compraventas de buques, embarcaciones, aeronaves y aerodeslizadores. La convención anterior (ULIS, art. 5) excluía esos objetos sólo en cuanto fuera obligatorio registrarlos. Pero esto creaba el problema de determinar cuáles buques o aeronaves estaban sujetos a registro y cuáles no, y eso es un asunto que se resuelve en cada país de forma diferente. Para obviar esta dificultad, y la semejante de distinguir entre embarcaciones o aeronaves grandes y pequeñas, los redactores del proyecto decidieron excluir toda compraventa que se refiera a estos objetos, independientemente de sus cualidades, tamaño o requisitos registrales. Al respecto, Honnold<sup>18</sup> comenta que no debe tratarse, por medio de "interpretaciones", que ciertas embarcaciones o aeronaves, como podrían ser las destinadas a fines recreativos o deportivos, no quedaran comprendidas en esta exclusión, pues eso atentaría contra uno de los objetivos esenciales de la convención (art. 7-1), el de promover la uniformidad en su aplicación.

Finalmente, el inciso *f* descarta las compraventas de electricidad. La razón es que el fluido eléctrico difícilmente puede considerarse un objeto corporal.<sup>19</sup>

Cabe observar que las exclusiones previstas en los incisos *d* y *e* responden a la idea de que la compraventa debe versar exclusivamente sobre bienes corporales. Tal principio, aunque no se encuentra expreso en algún artículo de la convención, si estuvo presente en la mente de quienes redactaron el proyecto de convención, y si era expreso en los

<sup>18</sup> Honnold, p. 111.

<sup>19</sup> En los trabajos de preparación del proyecto, se presentó una propuesta para excluir también las compraventas de gas, pero fue rechazada, porque el gas suele venderse envasado en tanques, lo cual le da corporeidad. Ver Honnold, p. 111 n. 6.



proyectos de convención preparados por el *Unidroit*,<sup>20</sup> pero no es común en el derecho mexicano, según el cual las mercancías pueden ser bienes incorpóreos.<sup>21</sup>

El artículo tercero de la convención, excluye dos tipos más de compraventas. Las de aquellas cosas que el vendedor debe fabricar con materiales que le proporciona el comprador (párrafo 1), y las que consisten principalmente en servicios que el vendedor debe proporcionar además de las mercancías (párrafo 2). La delimitación, en estos casos, entre las operaciones que regirá la convención y las que excluye no es sencilla.

El primer párrafo del artículo da al principio una regla general: la convención se aplica respecto de compraventas de cosas que el vendedor debe fabricar. Mas luego hace una exclusión: no se aplica si el comprador asume "la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios" para fabricarlas. La dificultad en la interpretación de esta disposición estriba en definir lo que debe entenderse por "parte sustancial".

Lo sustancial parece referirse a la participación cuantitativa de los materiales provistos por el comprador en el total de materiales necesarios para la fabricación. Esto se desprende de la historia de este texto. El texto correspondiente en la convención de 1964 (ULIS art. 6) decía una "parte esencial y sustancial"; el proyecto preparado inicialmente en el grupo de trabajo de UNCITRAL conservaba ambos términos, pero posteriormente, en el mismo grupo de trabajo, se decidió abandonar el término esencial, y el proyecto de convención que se presentó a discusión a la conferencia ya no lo contenía.<sup>22</sup> Al suprimirse el término esencial se eliminó toda referencia a lo que podrían ser los aspectos cualitativos de los materiales.<sup>23</sup>

El adjetivo sustancial, en Español, denota lo relativo o perteneciente a la sustancia, y entre los significados de esta palabra está el del

<sup>20</sup> Ver Barrera Graf, *op. cit.*, pp. 137-139, quien proponía que la convención expresamente señalara que sólo se aplicaría a compraventas de "bienes muebles corporales".

<sup>21</sup> Código de Comercio, arts. 373-386. Ver Góngora Pimentel, *s.v.* "Mercancías", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, 1988.

<sup>22</sup> Khoo, "Goods to be produced and services", en *Commentary*, p. 41, dice que en los registros de las sesiones del grupo de trabajo de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law Yearbooks*) no se consigna alguna explicación de esta decisión.

<sup>23</sup> Sin embargo, la versión francesa del art. 3 de la convención actual dice "une part essentielle".

valor o estimación pecuniaria de las cosas.<sup>24</sup> De modo que la expresión parte sustancial sí puede entender en el sentido de parte cuantiosa.

Honnold<sup>25</sup> dice que para definir si una parte es sustancial se debe considerar su valor pecuniario y compararlo con el valor total o costo de los materiales empleados en la producción de una mercancía. Afirma que "la única relación mensurable es la basada en el valor". Si bien puede pensarse en otros aspectos, como el peso o el volumen, que podrían considerarse, es claro que la estimación más sencilla, y en la mayoría de los casos la más importante, es la del valor pecuniario. De acuerdo con este criterio, puede ocurrir que un material represente sólo el 5 o 10% del volumen o del peso total de los materiales empleador en una mercancía, pero si su valor pecuniario es más del 50% del costo total, será considerado como una parte sustancial.

¿Qué proporción en el total del costo de los materiales de producción puede considerarse sustancial? Khoo<sup>26</sup> dice que no es necesario que la participación sea la mayor, basta con que sea considerable para afirmar que es sustancial. Su argumento se basa en la comparación con el término parte principal (*preponderant part*, en la versión inglesa) que aparece en el párrafo 2 del mismo artículo tercero. Una parte sustancial debe ser menor que una parte principal. La parte principal, en relación al valor pecuniario, es la que representa, cuando menos, el 51% del valor total. Una parte sustancial, por lo tanto, puede ser menor del 51% del valor total. Quizá no haya dificultad en afirmar que una parte que representa el 40% del valor total es una parte sustancial; pero si representa el 35%, es decir más de una tercera parte, ¿será una parte sustancial o no? La cuestión tendrá que decidirse, caso por caso, por los jueces, quienes, entre otras cosas, deberán tener en cuenta que uno de los objetivos de la convención (art. 7-1) es promover la uniformidad en su aplicación.

El segundo párrafo del artículo tercero establece una exclusión sin reservas: la convención no se aplica a contratos en que "la parte principal de las obligaciones" del vendedor consiste en "suministrar mano de obra o prestar otros servicios". Esto puede aplicarse, por una parte, a los contratos a los que se refiere el párrafo primero, en los que el comprador proporciona los materiales, o una parte sustancial de ellos, y el vendedor se obliga a fabricar las mercancías. Pero también puede

<sup>24</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 19a. ed., Madrid, 1970, *s.v.* substancia y sustancial.

<sup>25</sup> Honnold, p. 114.

<sup>26</sup> Khoo, *op. cit.*, p. 42.



referirse a contratos en que el vendedor se obliga a entregar unas mercancías, que él tiene o fabrica, y a prestar determinados servicios que son necesarios para que las mercancías reporten la utilidad que espera el comprador. Por ejemplo, cuando el vendedor se obliga a entregar determinado equipo industrial, y además a instalarlo, capacitar personal para operarlo y supervisar su funcionamiento durante cierto tiempo.

De acuerdo con lo dicho arriba acerca de lo que es una parte sustancial, se desprende que parte principal es la que representa el 51%, o más, del valor pecuniario. En consecuencia, cuando en un contrato el valor de los servicios es mayor que el valor de las mercancías, no puede considerarse, de acuerdo con esta disposición, como una compraventa regulada por la convención. Si el valor de los servicios representa menos del 51%, la convención se aplica, pero surge entonces una nueva cuestión: rige la convención también lo relativo a la prestación de los servicios o regula exclusivamente lo que se puede considerar compraventa en sentido estricto?

La cuestión debe plantearse en estos términos: ¿existe en esos casos un solo contrato, de compraventa, o se trata de dos contratos, uno de compraventa y otro de prestación de servicios? Si se resuelve que es un sólo contrato de compraventa, entonces la convención se aplica y rige también lo relativo a los servicios. Si se resuelve que son dos contratos, la convención no se aplica para regular los servicios.

Honnold opina<sup>27</sup> que si existen "relaciones significativas" entre la entrega de mercancías y la prestación de servicios, el negocio debe tratarse como un solo contrato y aplicarse la convención. Khoo<sup>28</sup> opina que debe darse ese tratamiento cuando ambos aspectos están estrechamente relacionados (*closely connected with each other*).

La opinión de estos autores, coincidente en el fondo, parece razonable; pero la solución que de ella se deriva para casos concretos puede resultar compleja. En efecto, si en un contrato de este tipo, el comprador quisiera resolver el contrato argumentando que el vendedor no prestó los servicios que se habían convenido, tendría que juzgarse de esta cuestión aplicando, por una parte, las reglas de la convención sobre el derecho de las partes a resolver el contrato, pero previamente debería haberse resuelto si hubo o no incumplimiento de la prestación de servicios. Como la convención no proporciona reglas sobre la prestación de servicios, ¿cómo debe resolverse esta cuestión?

<sup>27</sup> Honnold, p. 115.

<sup>28</sup> Khoo, *op. cit.*, p. 43.

El art. 7-2 de la convención dispone que las cuestiones no resueltas en ella, que versen sobre materias que la misma rige, deben resolverse conforme a sus principios generales, y si este recurso no basta, por la ley que resulte aplicable según las reglas del Derecho Internacional Privado. Si se considera que la prestación de servicios es una cuestión relativa a materias que rige la convención, se seguiría esa disposición y, considerando que entre los principios de la convención está el respeto a la autonomía de las partes y la buena fe contractual,<sup>29</sup> puede afirmarse que se juzgaría sobre el incumplimiento de la prestación de servicios, aplicando la convención, teniendo en cuenta primeramente lo que las partes convinieron en el contrato, y si esto no fuera suficiente, se acudiría al Derecho interno aplicable a la prestación de servicios. Pero si se considera, lo cual me parece más razonable, que la prestación de servicios es una materia no regida por la convención,<sup>30</sup> entonces tendría que recurrirse inmediatamente el Derecho nacional que resultara aplicable.

En los casos en que la cuestión sobre incumplimiento de la prestación de servicios tuviera que solucionarse conforme al derecho interno aplicable, la solución sería la misma que si se considerara el negocio como dos contratos diferentes: una compraventa, regida por la convención, y un contrato de prestación de servicios regido por el Derecho interno aplicable.

### 3. ASPECTOS NO REGULADOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La convención (art. 4 principio) regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor que surjan del contrato. Expresamente excluye todo lo que se refiere a la "validez" del contrato, de cualquiera de sus cláusulas o de los usos o costumbres aplicables (art. 4 inciso a); a los efectos que produzca el contrato sobre la propiedad de las mercancías

<sup>29</sup> No existe un artículo que defina cuáles son los principios de la convención, pero Bonell, "intepretation of the convention", en *Commentary*, p. 80, considera que, entre otros, lo son el de autonomía de las partes y buena fe contractual.

<sup>30</sup> Sobre la distinción, muchas veces problemática, entre materias regidas por la convención pero no resueltas por ella, y materias no regidas por la convención, ver Vis, W., "Aspectos de los contratos de compraventa internacional de mercaderías no comprendidos por la Convención de Viena de 1980", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 11 y ss., México. Él concluye que materias regidas por la convención son aquellas a las que expresamente se refiere en algún artículo. Según este criterio, que juzgo razonable por facilitar la uniformidad en la interpretación de la convención, la prestación de servicios sería una materia no regida por ella.



(art. 4 inciso b), y a la responsabilidad del vendedor por las lesiones corporales o muerte que produzcan las mercancías a una persona (art. 5).

La afirmación de que la convención sólo regula las obligaciones y derechos del comprador y vendedor que surjan del contrato, aunque es en sí misma clara, puede dar lugar a discusión cuando esas obligaciones y derechos, o ciertos aspectos de ellas, se encuentran también regulados por leyes nacionales. Un ejemplo de ello es el caso de un vendedor que engaña al comprador acerca de su capacidad para producir determinadas mercancías, con lo que logra convencerlo que las compre, y luego entrega mercancías con defectos de fabricación. El problema podría plantearse, desde la perspectiva de la convención, como un caso de responsabilidad contractual del vendedor por falta de conformidad de las mercancías, que se resolvería, según los artículos 35-42, con la sustitución o reparación de las mercancías, o con una reducción proporcional del precio, o con una resolución del contrato y, en todos los casos, una indemnización por los daños causados por el incumplimiento. Desde la perspectiva del Derecho interno, podría plantearse como un caso de responsabilidad extracontractual derivada del dolo o engaño causado, que podría resolverse declarando la invalidez del contrato, exigiendo al vendedor una indemnización por los daños y perjuicios causados por el dolo, y quizá imponiéndole una pena pecuniaria, una multa o una sanción administrativa.

En estos casos, ¿qué ordenamiento jurídico debe prevalecer, la convención o el Derecho interno? El problema es complejo y debe resolverse caso por caso, pero ciertamente la decisión de la parte afectada en favor de uno u otro Derecho será importante.

Respecto de la "validez" del contrato o de alguna de sus cláusulas, debe tenerse en cuenta que la convención destina toda su Segunda parte (arts. 14-24) a la formación del contrato, esto es a determinar cómo y en qué momento se perfecciona o se modifica un contrato de compraventa. Además los artículos 11 y el 29 prescriben que el contrato y sus modificaciones se perfeccionan por el mero consentimiento, sin necesidad de forma escrita, excepto cuando el Estado de alguna de las partes ha hecho la reserva de que el contrato y sus modificaciones tendrán que constar por escrito.<sup>31</sup> Al decir el inciso a del artículo 4 que la convención no regula lo relativo a la "validez" del contrato, lo que quiere decir es que nada dispone acerca de las causas que pueden invalidar un contrato o una cláusula de un contrato de compraventa

<sup>31</sup> Ver nota 37.

válidamente contraidos, de conformidad con lo dispuesto en su Segunda Parte. Si, por ejemplo, una persona hace una oferta de venta que no reúne los requisitos que exige el artículo 14 de la convención, y la oferta es aceptada por otra, debe resolverse acerca de si se ha perfeccionado o no un contrato válido siguiendo las reglas sobre formación del contrato de la propia convención. Pero si se discute acerca de si puede invalidarse un contrato debidamente formado según esas reglas, entonces ya no se aplica la convención, sino el derecho interno que rija el contrato.

Lo que prescribe el artículo 4 al hablar de "validez del contrato" es que la impugnación de un contrato aparentemente válido se regirá por el Derecho nacional aplicable, esto es que conforme a él serán resueltos todos los problemas relativos a la inexistencia, nulidad o anulabilidad del contrato, tales como los derivados del error en la determinación del objeto, inmoralidad o ilegalidad del contrato, engaño o intimidación, capacidad de las partes, poderes del representante, etcétera, mas, no por lo dicho arriba, los derivados de falta o defecto de forma. Las acciones que, de conformidad con el derecho interno, tengan las partes en estos casos no quedan mermadas o afectadas por la convención.

Cabe notar que se ha formulado ya una *Convención sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías* (Ginebra, 1983), que ya fue ratificada por México,<sup>32</sup> pero todavía no entra en vigor, que regula las relaciones que se generan entre un comprador o vendedor representado y los terceros que contratan con el representante. Esta convención, cuando entre en vigor, deberá ser tomada en cuenta, con preferencia al Derecho interno, para juzgar acerca de la validez de un contrato celebrado por medio de un representante.

A propósito de la validez del contrato, debe tenerse en cuenta que el artículo 55 de la convención dispone que si las partes expresaron válidamente su consentimiento, pero no determinaron un precio ni un modo para determinarlo, se considerará que el precio convenido es el precio generalmente cobrado por las mercaderías objeto del contrato en el momento de perfeccionarse el contrato. El objeto de esta disposición no es reconocer la validez de la compraventa cuando no hay acuerdo sobre el precio o el modo de determinarlo, lo cual sería absurdo, sino establecer un modo objetivo para determinar el precio que suple la falta de acuerdo al respecto entre las partes. El resultado es que no se podrá acudir al Derecho interno para impugnar un contrato

<sup>32</sup> Publicada en el *Diario Oficial* el 22 de febrero de 1988.



de compraventa, argumentando que no hubo acuerdo sobre el precio o el modo de determinarlo, ya que la misma convención establece un modo para determinarlo.<sup>33</sup>

Tampoco afecta la convención las disposiciones del Derecho interno sobre la validez de determinadas cláusulas. Esto puede tener importancia, especialmente respecto de cláusulas por las que el comprador renuncia a garantías implícitas sobre la calidad de las mercancías. La convención prevé en su artículo 35 los criterios para juzgar si las mercancías entregadas por el vendedor son las adecuadas. Si el comprador renunciara a las disposiciones de este artículo, ¿sería válida tal renuncia? El propio artículo 35 dice que sólo se aplicarán los criterios ahí previstos si las partes no convinieron otra cosa. De acuerdo con esto, la renuncia sería válida. Pero si la ley nacional aplicable al contrato dispone que una renuncia de ese tipo no es válida, o que tiene que llenar determinados requisitos, ¿podría entonces el comprador impugnar la cláusula con los recursos que le otorgue la ley nacional?

Debe tenerse en cuenta que, por lo general, las leyes nacionales que tienen disposiciones de este tipo son las que rigen las ventas al consumo, las cuales no quedan comprendidas por la convención; sin embargo hay legislaciones aplicables a las transacciones comerciales que sí las tienen, por ejemplo, el *Uniform Commercial Code* 2-316,2 y 3. Honnold,<sup>34</sup> respecto de este código mercantil, opina que no debe aplicarse, porque la convención contiene normas que protegen lo mismo que intenta proteger la norma citada del UCC. Pero habrá que dar una respuesta para cada legislación nacional. En términos generales, la cuestión puede plantearse así: las normas del Derecho interno que pretenden proteger a una de las partes contratantes ¿son normas sobre la validez del contrato? Si lo son, entonces prevalecen sobre la convención.

La validez de los usos es otra cuestión que el inciso a del artículo 4 deja a la legislación interna. El artículo 9 establece que las partes

<sup>33</sup> La aplicación del art. 55 no está exenta de problemas. Habla de un contrato que "haya sido válidamente celebrado", sin que las partes acordaran el precio o el modo de determinarlo. Pero el art. 14, primero de la segunda parte sobre la formación del contrato, dice que para que una propuesta constituya una oferta, de la cual podrá surgir un contrato, se requiere, entre otras cosas, que fije el precio o el modo de determinarlo. De la confrontación de estos dos textos surge esta cuestión: ¿puede haber un contrato "válidamente celebrado" cuando es el resultado de una oferta que, por no fijar el precio, no debe de surtir efectos? La aplicación del art. 55 podría quedar reducida a los casos en que el contrato se realiza entre "presentes", esto es sin necesidad de que medie tiempo entre la oferta y la aceptación.

<sup>34</sup> Honnold, pp. 284 y ss.

quedan obligadas por los usos que hubieran convenido o establecido entre ellas, y por los usos generalmente observados en el comercio internacional que ellas debían conocer, y que la convención considera tácitamente convenidos. La cuestión sobre la validez de los usos, que deberá resolverse de acuerdo con la ley aplicable al contrato, puede enfocarse desde dos puntos de vista. El uso puede ser inválido porque el consentimiento fue defectuoso o simplemente no hubo consentimiento. O puede ser inválido porque contraría una norma de orden público. La cuestión de si se entiende o no convenido tácitamente un uso, se resuelve de acuerdo con el citado artículo 9 de la convención.

El inciso b del artículo 4 prescribe que la convención nada regula acerca de los efectos que el contrato pueda producir en la propiedad de las mercancías. La razón de esta exclusión es la amplia diversidad que hay en los Derechos nacionales respecto a la adquisición o transmisión de la propiedad de las cosas vendidas.

Sin embargo, la convención contiene algunas disposiciones relativas a la propiedad de las mercancías. El artículo 30 dice que es obligación del vendedor transmitir la propiedad de las mercancías, y el artículo 41 dice que debe entregarlas libres de "cualesquiera derechos o pretensiones de terceros". En consecuencia, si el vendedor no transmite la propiedad de ellas o las entrega sujetas a derechos reales o personales incumple sus obligaciones contractuales reguladas por la convención, y podría exigírsele responsabilidad de acuerdo con lo que la misma prescribe. La cuestión de si el vendedor transmitió o no la propiedad, o si las mercancías estaban gravadas o no con derechos de tercero, debe resolverse, siguiendo el inciso b del art. 4, de acuerdo con el derecho interno aplicable.

La cuestión de la propiedad de las mercancías suele relacionarse en algunos Derechos, como en el mexicano, con la transmisión del riesgo al comprador por la pérdida o deterioro debidos a caso fortuito. Los juristas acostumbrados a estos Derechos podrían pensar que la cuestión del riesgo, como dependiente de la cuestión de la propiedad, debería resolverse de acuerdo con el Derecho interno. Pero como la convención regula la transmisión del riesgo, en sus artículos 66-70, independientemente de la adquisición de la propiedad, no deben interferir en esta materia las disposiciones del Derecho interno.

El artículo 5 excluye la aplicación de la convención a toda controversia relativa a la responsabilidad del vendedor por las lesiones o muerte que las mercancías hubieran producido a alguna persona. El artículo no tiene antecedente en las convenciones anteriores, ni figuraba



en el proyecto preparado por UNCITRAL. Fue introducido en la conferencia de Viena, con el objeto de excluir toda la problemática de la responsabilidad extracontractual por el producto, que ha tenido desarrollos muy amplios y diversos.

Debe tenerse en cuenta que la convención regula en sus artículos 35-44 todo lo referente a la calidad o conformidad de las mercancías. Por eso, el artículo 5 no excluye que la convención se aplique cuando las mercancías entregadas por el vendedor no son conformes con el contrato y causan daños al comprador, aun cuando sean daños consistentes en lesiones a la integridad corporal de una persona. Por ejemplo, un vendedor entregó una maquinaria defectuosa que al ser puesta en operación estalló y produjo lesiones a uno de los obreros del comprador. El comprador puede exigir aquí responsabilidad al vendedor, de acuerdo con la convención, por no ser la mercancía conforme con el contrato, puesto que no es apta para los fines a que ordinariamente se destina (art. 35-2-a), y podrá considerar, de acuerdo con su artículo 74, que las lesiones sufridas por el obrero, ya que implican pérdida de trabajo y posiblemente pago de indemnizaciones, son parte de los daños que le causó el incumplimiento del vendedor y que éste tiene que indemnizar.

Lo que el artículo 5 excluye es la responsabilidad extracontractual del vendedor, es decir la responsabilidad por las lesiones o muerte que causen mercancías que son conformes con el contrato, o por las que causen en personas distintas del comprador.

Pero ciertos casos pueden plantearse tanto desde el punto de vista de la responsabilidad contractual del vendedor, regulada por la convención, como desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual por el producto. Honnold<sup>35</sup> propone el siguiente caso: un vendedor entrega al comprador un horno defectuoso, que estalla en la negociación del comprador al ser puesto en operación. ¿Debe aplicarse la convención, o el Derecho interno? Honnold opina que debe aplicarse la convención pues si ésta iba a quedar desplazada por las normas del Derecho interno en materias que ella regula, su aprobación y puesta en vigor en diferentes Estados no tendría razón de ser.

<sup>35</sup> Honnold, p. 37.

#### 4. EXCLUSIONES VOLUNTARIAS

La convención tiene como principio fundamental el respeto a la autonomía de las partes. Por eso, el artículo 6 dispone que "las partes"<sup>36</sup> pueden voluntariamente excluir la aplicación de toda la convención, o bien establecer excepciones a sus disposiciones o modificar cualesquiera de sus efectos, salvo el requisito de que el contrato, y cualesquiera de sus modificaciones, tenga forma escrita,<sup>37</sup> cuando así lo ha establecido, mediante reserva, uno de los Estados contratantes (artículos 12 y 96).<sup>38</sup>

La exclusión de toda la convención debe hacerse por acuerdo de las partes. Basta con que manifiesten su voluntad de que no se aplique la convención, y no es necesario, para que el acuerdo surta efectos, que determinen cuál es el derecho que ha de regir el contrato, pues si ellas no lo prevén, lo determinará el Derecho Internacional Privado.

La convención anterior (LUCI art. 3) establecía que la exclusión podía ser tácita. La convención actual no admite expresamente la exclusión tácita, pero tampoco la prohíbe. La referencia a la exclusión tácita se suprimió en la conferencia de Viena, no con la intención de suprimir esa posibilidad, sino con la de evitar que los jueces que tuvieran que aplicar la convención interpretaran ligeramente que las partes la habían tácitamente excluido.<sup>39</sup> Para juzgar si en un contrato las

<sup>36</sup> Al hablar de "las partes", se entiende que de común acuerdo o por consentimientos las partes pueden excluir o variar las disposiciones de la convención. Bonell, "Parties autonomy", en *Commentary*, p. 57, dice que las disposiciones previstas en la segunda parte de la convención, relativa a la formación del contrato, pueden modificarse por voluntad de una sola parte; por ejemplo, el art. 16-1 dice que la oferta es por lo general irrevocable, excepto cuando el oferente indica claramente lo contrario; esto significa, según este autor, que el oferente tiene el derecho de modificar unilateralmente la regla de irrevocabilidad establecida en ese artículo. En realidad no es eso, puesto que el oferente, al establecer que la oferta es revocable, no modifica el artículo, sino que se vale de una disposición que el mismo contiene.

<sup>37</sup> La regla de la convención, arts. 11 y 29, es que el contrato y sus modificaciones se perfeccionan por el mero consentimiento sin necesidad de escrito o formalidad alguna. Hasta el 31 de diciembre de 1987, los Estados que han hecho reserva, de conformidad con el art. 96, para que no se apliquen estos artículos y el contrato y sus modificaciones consten por escrito son: Argentina y Hungría.

<sup>38</sup> Bonell (*op. cit.*, p. 61) añade que, por lógica, tampoco pueden excluirse otros artículos de la convención: no puede excluirse el art. 4 que dispone que la convención no rige la validez del contrato, ni la adquisición de la propiedad de las mercancías. Tampoco el art. 7 que define las reglas distintas se promueve, en el contrato, pues de interpretarlos conforme a reglas distintas se promueve, en contra del art. 7-1, la diversidad de interpretaciones. Ni el art. 28 que dispone que una parte sólo podrá reclamar judicialmente el cumplimiento específico de una obligación a la otra, cuando el juez tenga la posibilidad, conforme a su derecho, de hacer una condena en especie en casos semejantes.

<sup>39</sup> Bonell, "Parties autonomy", en *Commentary*, p. 52.



partes excluyeron tácitamente la convención, afirman Bonell y Honnold,<sup>40</sup> debe acudirse a las normas de interpretación del contrato (arts. 7 y 8) previstas en la convención. Esto es lógico, porque si se va a resolver sobre la aplicabilidad de la convención a un contrato que en principio ella rige, es necesario que conforme a sus reglas de interpretación se decida si fue esa la intención de las partes.

Bonell opina que hay una exclusión implícita de la convención cuando las partes definen, como derecho aplicable al contrato, el de un Estado que no es parte de la convención. Pero si las partes dicen que se aplicará, en general, el Derecho de un Estado parte, no hay exclusión pues la convención es ya el Derecho aplicable de ese Estado parte, aunque en él existan otros ordenamientos jurídicos aplicables a la compraventa entre nacionales.<sup>41</sup> Es problemático, sigue diciendo este autor, decidir si hay una exclusión tácita, en casos en que las partes usan un formato de contrato que está claramente influenciado por principios y reglas de un Derecho interno. Este solo dato, no es suficiente para afirmarla, pues tienen que considerarse otras circunstancias, tales como el conocimiento que tengan las partes de la convención, la práctica que hayan tenido entre ellas, si eligieron como foro competente el de un Estado que no es parte de la convención, y otras.

El artículo 6 acepta que la convención puede ser derogada o modificada por voluntad de las partes, pero no dice si éstas tienen un plazo para hacerlo, ni cómo deben expresar su voluntad, o bajo qué restricciones, para que surte el efecto que pretenden.

Respecto del plazo, Bonell opina que no lo hay, es decir que las partes pueden convenir una exclusión o modificación al principio de sus negociaciones, lo cual sería lo más conveniente, pero también después de haber perfeccionado un contrato.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Bonell, *op. cit.*, p. 55, Honnold, p. 129.

<sup>41</sup> Bonell, *op. cit.*, p. 56. Pero cuando el Estado parte, cuya ley se eligió para regir el contrato, es uno que ha hecho la reserva de que la convención no se aplicará por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado (art. 95), (ver nota 11), entonces la convención no se aplica, pues se entiende que de aplicarse la convención por elección de las partes lo sería por efecto de una de las reglas de Derecho Internacional Privado. Así opina J. P. Plantard, "Le nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", en *Journal du Droit International*, 115, 1988, 2 avril-mai-juin, Paris, p. 322.

<sup>42</sup> Bonell, *op. cit.*, p. 58. Como apoyo de su opinión cita una sentencia de la Suprema Corte de la República Federal Alemana, en que resolvió esa cuestión aplicando la convención de La Haya. Como la convención es un texto de aplicación internacional, que debe interpretarse de acuerdo con su carácter internacional (art. 7-1), las decisiones de los tribunales de un Estado pueden servir de precedente a los jueces de otros Estados.

La validez del acuerdo de las partes para excluir o modificar la convención deberá juzgarse de acuerdo con el Derecho nacional aplicable al contrato. Pero cuando las partes, además de hacer la exclusión o modificación de la convención, eligieron un Derecho determinado para regirlo, surge la cuestión de cuál Derecho decidirá sobre la validez de la cláusula de exclusión o modificación, el Derecho que de acuerdo con las reglas de Derecho Internacional Privado debe regir el contrato, o el Derecho que han elegido las partes para sustituir la convención. Bonell opina, siguiendo el artículo 10 de la *Convención sobre el derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (La Haya, 1985)*, que se juzga conforme al Derecho escogido por las partes, excepto cuando una de ellas impugna la cláusula de elección de Derecho.

Cuando las partes han excluido válidamente toda la convención, el contrato se rige entonces por el Derecho que determinen las reglas del Derecho Internacional Privado o, en su caso, por el que las partes hayan elegido. Si las partes sólo han excluido una de sus disposiciones, sin haber dado otra regla aplicable, y se presenta un problema que debería resolver la disposición excluida, la solución, dice Bonell, debe obtenerse aplicando el artículo 7-2, que dispone que las cuestiones no previstas se resuelvan a partir de los principios generales en que se basa la convención, y a falta de ellos, por el Derecho nacional aplicable.

Si resulta que las partes excluyeron inválidamente la convención o alguna de sus disposiciones, pueden producirse diversos resultados. Si la exclusión resultó inválida por defecto de consentimiento, entonces la exclusión se tiene por no hecha y se aplica simplemente la convención. Si la exclusión es inválida, por su contenido, por ejemplo por haberse hecho mediante señalamiento de que se aplicaría al contrato un Derecho nacional determinado, y resulta que las partes, de acuerdo con el Derecho aplicable al contrato, no estaban facultadas para hacer esa elección, entonces, dice Bonell,<sup>43</sup> se entiende que la exclusión de la convención es válida, pero el Derecho que regirá el contrato no es el que eligieron las partes sino el que determinen las reglas del Derecho Internacional Privado.

Otra cuestión es si las partes de un contrato de compraventa, que en principio no debía regularse por la convención, pueden convenir que ella lo rija. La convención de la Haya (ULIS art. 4) establecía que eso era posible, cuando el acuerdo de las partes no contradecía alguna

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 61.



norma "imperativa" del Derecho nacional aplicable al contrato. Por la dificultad de definir lo que debía entenderse por norma imperativa, se suprimió el proyecto de convención que presentó UNCITRAL la referencia a tal posibilidad.<sup>44</sup> Pero esto no quiere decir que la convención actual no puede aplicarse por voluntad de las partes a un contrato que cae fuera de su ámbito de aplicación. Ninguna norma de la convención impide que esto sea posible. Pero la validez de un acuerdo de este tipo, depende de que el Derecho nacional aplicable reconozca a las partes la capacidad de elegir el Derecho que regirá el contrato.<sup>45</sup>

Honnold<sup>46</sup> analiza varios casos de acuerdos para hacer aplicable la convención a contratos que, en principio, no rige. Hacerla aplicable, por voluntad de las partes, a contratos hechos por consumidores (excluidos por el art. 5), le parece difícil, porque se presentaría la cuestión de si el acuerdo de las partes prevalecería sobre las leyes de protección al consumidor que, en principio, son de orden público. Respecto de compraventas sobre mercancías excluidas del régimen de la convención (valores mobiliarios, buques, electricidad, etcétera, art. 2), y compraventas de mercancías fabricadas por el vendedor con materiales que suministra el vendedor o compraventas que implican una prestación de servicios por parte del vendedor (art. 3), opina que sí es válido el acuerdo por el que las partes hacen aplicable la convención a estos contratos.

Respecto del caso de compraventas que se celebran entre partes que tienen establecimientos en el mismo Estado, es decir que no tienen el requisito necesario para ser consideradas internacionales, Honnold opina que es válido el acuerdo de regirlas por la convención, y que es conveniente hacerlo especialmente en aquellas compraventas que están encadenadas con otra compraventa que sí es internacional, sea porque el vendedor tiene que adquirir las mercancías en una compraventa internacional, sea porque el comprador las venderá en otra operación internacional.

Un caso más es el de una compraventa celebrada por partes que no tienen, ninguna de las dos, su establecimiento en un Estado parte de la convención. Honnold opina que el acuerdo sería válido si las normas del Derecho nacional aplicable permiten a las partes amplia libertad para elegir el Derecho que regirá sus contratos. En algunos Derechos, agrega, se exige que el derecho elegido por las partes tenga alguna

<sup>44</sup> Honnold, pp. 130 y ss.

<sup>45</sup> Ver Bonell, *op. cit.*, p. 62; Honnold, pp. 130 y ss.

<sup>46</sup> Honnold, pp. 133 y ss.

relación con el contrato, pero puede entenderse que ese requisito se cumple —sugiere este autor— porque las partes eligen un Derecho que se aplica en el comercio internacional, que es fácilmente cognoscible y asequible por los jueces. Bonell,<sup>47</sup> en cambio, opina que no es válido un acuerdo de ese tipo, porque los Derechos nacionales suelen dar a las partes libertad para escoger un derecho nacional aplicable a sus contratos, pero no para escoger un derecho internacional. Sin embargo, como la convención al ser ratificada por un Estado se convierte, al menos formalmente, en Derecho nacional de ese Estado, el argumento de Bonell no parece decisivo.

<sup>47</sup> Bonell, *op. cit.*, p. 63.