

Consejo Consultivo de la CISG*
Opinión No. 16

Exclusión de la Convención de acuerdo con el artículo 6 CISG

Para ser citado como: CISG-AC Opinión No.16, Exclusión de la Convención de acuerdo con el artículo 6 CISG, Relatora: Dra. Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adoptada por unanimidad por el Consejo Consultivo de la CISG en su 19ª sesión, en Pretoria, Sudáfrica, el 30 de mayo de 2014. Traducción al español por el Doctor Rodrigo Momberg, revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

La reproducción de esta Opinión ha sido autorizada.

INGEBORG SCHWENZER, Presidente

YESIM ATAMER, ERIC BERGSTEN, JOACHIM BONELL, MICHAEL BRIDGE,
ALEJANDRO GARRO, ROY GOODE, JOHN GOTANDA, HAN SHIYUAN, SERGEI
LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, JAN RAMBERG, ULRICH SCHROETER,
HIROO SONO, CLAUDE WITZ, Miembros

SIEG EISELEN, Secretario

OPINION [TEXTO]

Artículo 1 CISG

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o

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

Artículo 6 CISG

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención [...].

1. Cuando la CISG es aplicable de acuerdo con los artículos 1-3 CISG, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 6 CISG permite a las partes, en el momento o después de perfeccionarse el contrato, llegar a un acuerdo para excluir su aplicación.

2. La CISG rige la manera de excluir la CISG. Conforme a los artículos 11, 14-24, y 29 CISG, un acuerdo para excluir la CISG se rige por las normas relativas a la formación y modificación del contrato.

3. La intención de las partes dirigida a excluir la CISG debe determinarse conforme al art. 8 CISG. Dicha intención debe ser claramente manifiesta, ya sea en el momento de la perfección del contrato o en cualquier momento posterior. Este mismo estándar también se aplica para determinar la exclusión de la CISG durante los procedimientos judiciales.

4. En principio, la intención clara de excluir la CISG:

(a) cabe ser inferida, por ejemplo, de:

- (i) la exclusión expresa de la CISG;**
- (ii) la elección del derecho de un Estado no contratante;**
- (iii) la elección específica de una ley o código nacional cuya aplicación hubiera sido expresamente excluida por la CISG.**

(b) no cabe ser inferida simplemente de, por ejemplo:

- i) la elección del derecho de un Estado Contratante;**
- (ii) la elección del derecho de una unidad territorial de un Estado Contratante.**

5. Durante los procedimientos judiciales no cabe inferir la intención de excluir la CISG por el hecho de que una o ambas partes se abstengan de alegar o presentar argumentos basados en la CISG. Ello se aplica independientemente del hecho que una o ambas partes sea conscientes de la aplicabilidad de la CISG.

6. No cabe recurrir a los principios de derecho doméstico en materia de renuncia para determinar si las partes han tenido la intención de excluir la CISG.

*La CISG-AC es una iniciativa privada respaldada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho en la Universidad Pace (Institute of International Commercial Law at Pace University School of Law) y el Centro de Estudios de Derecho Comercial Queen Mary, de la Universidad de Londres. (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London). El Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC) fue constituido con la finalidad de contribuir a la comprensión de la CISG, promover y colaborar en su interpretación uniforme. En su reunión fundacional, que tuvo lugar en París en junio del año 2001, el Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AC por el término de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la Universidad de Londres (“Queen Mary”), fue electo Secretario. El Consejo Asesor de la CISG ha sido integrado por: Prof. Emérito Eric E. Bergsten, de la Universidad de Pace; Prof. Michael Joachim Bonell, de la Universidad de Roma, “La Sapienza”; Prof. E. Allan Farnsworth de la Universidad de Columbia; Prof. Alejandro M. Garro de la Universidad de Columbia; Prof. Sir Roy M. Goode, de la Universidad de Oxford; Prof. Sergei N. Lebedev de la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Prof. Jan Ramberg, de la Universidad de Estocolmo; Prof. Peter Schlechtriem, de la Universidad de Friburgo; Prof. Hiroo Sono, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hokkaido; Prof. Claude Witz, de la Universidad de Saarlandes y de la Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el mismo consejo. En reuniones subsecuentes, el CISG-AC eligió como miembros adicionales a Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid; Prof. Ingeborg Schwenzer, de la Universidad de Basilea; Prof. John Y. Gotanda, de la Universidad de Villanova; Prof. Michael G. Bridge, de la Escuela de Economía de Londres; Prof. Han Shiyuan, de la Universidad de Tsinghua University; y Prof. Yesim Atamer, de la Universidad de Bilgi en Estambul, y el Prof. Ulrich G. Schroeter, Universidad de Mannheim, Alemania. El Prof. Jan Ramberg sirvió por un término de tres años como su segundo presidente de la CISG-AC. En su Onceava reunión en Wuhan, República Popular de China, el Prof. Eric E. Bergsten de la Universidad de Pace fue elegido como Presidente de la CISG-AC y el Prof. Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sudáfrica fue electo Secretario. En su catorceava reunión en Belgrado, Serbia, la Prof. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea fue electa Presidente de la CISG-AC.

COMENTARIOS

1. Cuando la CISG es aplicable de acuerdo con los artículos 1-3 CISG, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 6 CISG permite a las partes, en el momento o después de perfeccionarse el contrato, llegar a un acuerdo para excluir su aplicación.

1.1 El principio general de la autonomía de la voluntad, manifestado en el art. 6, autoriza a las partes a excluir la aplicabilidad de la CISG en todo o parte.

2. La CISG rige la manera de excluir la CISG. Conforme a los artículos 11, 14-24, y 29 CISG, un acuerdo para excluir la CISG se rige por las normas relativas a la formación y modificación del contrato.

2.1 La cuestión de cómo excluir la CISG se rige por la propia CISG. En cada caso en que las partes pretendan excluir la aplicación de la CISG, dicha exclusión será eficaz sólo si se ajusta a la CISG. La facultad de las partes para excluir la aplicación de la CISG se rige por los arts. 6, 11, 14-24 CISG. Estas disposiciones regulan la manera de excluir la CISG, ya sea al momento de celebrar el contrato o con posterioridad. El derecho interno en materia de validez del contrato, no regulado por la CISG, se mantiene aplicable: art. 4(a) CISG.¹

2.2 En relación con la exclusión de la CISG *al momento de la conclusión del contrato*, existe una opinión minoritaria en contrario que auspicia la aplicación de las normas sobre conflicto de leyes a las cláusulas de exclusión *ex ante*.² Sin embargo, la opinión mayoritaria es que todo acuerdo para excluir la aplicación de la CISG debe sujetarse a las reglas sobre formación del contrato previstas en los arts 11, 14-24 CISG, debiendo cumplirse con el art. 6.³ La aplicabilidad inicial de la CISG no está ‘subordinada a la voluntad de las partes’, ya que la CISG se aplica en virtud de su art. 1 CISG.⁴ Su

¹ L. Mistelis, in S. Kröll, L. Mistelis & P. Perales Viscasillas (Eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* Art. 6, 99, en 104 para. 17 (2011) (derecho internacional del foro determina que derecho se aplica en relación con la validez).

² P. Schlechtriem, in P. Schlechtriem & I. Schwenzer (Eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Art. 6, at 85-89 & 91 paras 7-10, 12 & 14 (‘Schlechtriem & Schwenzer 2nd edn’) (señalando que las reglas de derecho internacional privado determinan la cuestión). *Contra* Tribunale di Forli, Italy, CISG-online Case No 2336, 26 marzo 2009, §V (esto elimina el proceso de “dos pasos”, la CISG prevalece sobre el derecho internacional privado como el derecho especial y más particular <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2336.pdf>>).

³ See, e.g., Oberlandesgericht [Appellate Court](OLG) Oldenburg, Germany, 20 diciembre 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>>; Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corp., 2010 U.S. Dist. LEXIS 11884 (E.D. Cal.), 22 enero 2010 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>> (‘Golden Valley case’); Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp., 2007 WL 2875256, U.S. District Court (E.D. Mich.), 28 septiembre 2007, CISG-online Case No 1601 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html>> (‘Easom Automation case’); Handelsgericht des Kantons, [Cantonal Commercial Court](HG) St. Gallen, Switzerland, 15 junio 2010, 2009/164, CISG-online Case No 2159 <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf>> (donde las partes escogieron el derecho suizo para excluir la CISG, el tribunal primero aplicó la CISG para determinar si la exclusión había sido exitosa según el art. 6), véase el comentario de Phillip Landolt, *Summary of Swiss case law on the CISG from 2008 until March 2013*, Jusletter, 26 agosto 2013 <www.jusletter.ch>; L. Spagnolo, *The Last Outpost: Automatic CISG Opt Outs, Misapplications and the Costs of Ignoring the Vienna Sales Convention for Australian Lawyers*, 10 Melbourne J. Int’l L. 141, p. 205; (CISG debería determinar la material, al menos hasta el punto en el cual la exclusión es establecida según sus normas de formación); I. Schwenzer & P. Hachem, en I. Schwenzer (Ed), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, art. 6, p. 104 & 105 (2010) (‘Schwenzer 3rd edn’) (formación e interpretación de la cláusulas de exclusión sujetas a las normas de la CISG); M. Schmidt-Kessel, en Schwenzer 3rd edn, art. 8, en 177 para. 61 (incorporación de las cláusulas sobre derecho aplicable incluyendo exclusiones de la CISG dentro de la esfera de las normas sobre formación de la CISG). Pero véase Schlechtriem, en Schlechtriem & Schwenzer 2nd edn, *supra* nota 2, Art. 6, at 85-89 paras 7-10 (señalando que las reglas de derecho internacional privado determinan la cuestión). Para una discusión sugiriendo la necesidad que las cláusulas sobre elección del derecho aplicable sean tratadas separadamente del resto del contrato para efectos del art. 6: véase Jack Graves, *CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity*, 15 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 105 (2011). Véase también Mistelis, *supra* nota 1, 102 para. 10 (2011) (acuerdos para excluir deberían tratarse como acuerdos ‘stand-alone’).

⁴ Sté Ceramique Culinaire de France v. Sté Musgrave Ltd, Cour de Cassation, Francia, 17 diciembre 1996 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961217f1.html>> (la CISG ‘se aplica desde el comienzo, su aplicabilidad no está

subsecuente aplicabilidad puede ser alterada por la voluntad de las partes, siempre que dicha voluntad configure, conforme a la CISG, un acuerdo para excluirla. En todo caso que se pretenda excluir la CISG, la cuestión a decidir consiste en determinar si el acuerdo de las partes que apunta a excluir la CISG satisface sus propios requerimientos.

2.3 La interpretación más razonable es que cuando un contrato se rige en principio por la CISG conforme al art. 1 CISG, el juzgador sólo debe consultar sus normas para decidir si ha habido una exclusión, ya que la CISG se mantiene como el derecho aplicable al contrato hasta que se cumple con el art. 6 CISG. La CISG controla la ‘norma de conflicto’ cuando se trata de un contrato regulado *prima facie* por ella.

2.4 Se sigue entonces que la cuestión de la incorporación de la cláusula que pretende excluir la CISG debe ser determinada inicialmente de acuerdo con los arts 11, 14-24 CISG, y no por el derecho que sería de otra manera aplicable en virtud de las normas de conflicto.⁵ Los tribunales en los Estados Parte tienen el deber de aplicar estas reglas para determinar la formación del acuerdo destinado a excluir la CISG, incluyendo la incorporación de cualquier cláusula que pretenda dicha exclusión.⁶

2.5 La posición de la doctrina es unánime en cuanto a la exclusión *después* que el contrato ha sido celebrado. Las normas de la CISG sobre formación del contrato se aplican sin discusión a exclusiones *ex post*, postura también aceptada por la minoría de los académicos que sostienen que las cláusulas de exclusión *ex ante* deben analizarse a la luz de las normas de conflicto.⁷ Por tanto, la aptitud de las partes para excluir la aplicación de la CISG *con posterioridad a la celebración del contrato* también se rige por los Arts 6, 11, 14-24 CISG.⁸ Sin embargo, como ya existe un contrato conforme a la CISG, todo acuerdo *ex post* destinado a excluirla constituye también una modificación del contrato original. Debe entonces cumplirse con el art. 29 CISG antes de excluirla en la etapa de cumplimiento del contrato o de un procedimiento judicial. El juzgador debe sólo examinar la CISG para decidir si ha habido una exclusión. Hasta que el art. 6 CISG sea satisfecho, la CISG se mantiene como la ley que rige el contrato.⁹

2.6 Si bien las partes pueden acordar excluir la CISG durante el litigio,¹⁰ la única manera en que la tramitación de un procedimiento judicial puede potencialmente alterar la aplicación de la CISG es

subordinada a la voluntad de las partes, expresa o tácita). Asimismo, véase, Tribunale di Padova, Italia, 25 febrero 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>> ([‘e]l silencio en la demanda respecto al derecho aplicable es irrelevante porque, en presencia de todos los requisitos mencionados [la CISG] es aplicable de pleno derecho’).

⁵ CISG Advisory Council Opinion No 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: Prof. Sieg Eiselen, §1. *Contra Venter v. Ilona MY Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, Australia, 24 agosto 2012 [26] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120824a2.html>> (Incorporación de una cláusula de elección de derecho o foro fue determinada de acuerdo con la ley australiana, a pesar que corte correctamente señaló que existía un argumento en orden a que la exclusión sólo si los términos conteniendo la exclusión fueron incorporados ‘(la cuestión esencial a decidir)’).

⁶ El error de un tribunal de no determinar la CISG como derecho aplicable puede implicar la infracción de obligaciones internacionales. El art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.’ la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23 mayo 1969, Vol. 1155 U.N.T.S. 331. Véase la discusión en Spagnolo, *infra* nota 9. *Venter v. Ilona MY Ltd.*, *supra* nota 5 (la corte no considera si es que tiene que aplicar la CISG *ex officio*).

⁷ Schlechtriem, *en* Schlechtriem & Schwenzler 2ª edn, *supra* nota 2, 89 & 91 paras 12 & 14.

⁸ Refiriéndose a la discordia acerca de la relevancia de los artículos 8, 14-24 en relación al artículo 29: A. Björklund,, *in* Mistelis, *supra* nota 1, Art. 29, 382, at 383 para. 5 (2011). A propósito de eventuales enmiendas, resulta apropiado sugerir referencias a dichas disposiciones: P. Schlechtriem & P. Butler, UN Law on International Sales 87 para. 97 (2009); P. Perales Viscasillas, *Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG)*, 25 J. L. & Com. 167, at 171 (2005-6); H. Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods* 22 (2009) (siempre que no se aplique en toda su extensión).

⁹ L. Spagnolo, *Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole*, *en* I. Schwenzler & L. Spagnolo, *Towards Uniformity: 2ª Annual MAA Schlechtriem CISG Conference* 181, 191, 205 (2011), versión revisada, publicada como L. Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer, 2014) Ch. 10.

¹⁰ Bridge, *Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues*, *en* J. Fawcett *et al* (Eds), *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, 905 p. 922 (2005) 917 & 922. Bridge sostiene que en donde el foro obliga a aplicar la CISG, las partes no pueden post-contractualmente acordar aplicar derecho nacional en detrimento de la CISG, si por ejemplo, art. 3(2) de la Convención de Roma se aplica; J. S. Ziegel, *The Future of the International Sales Convention from a Common Law Perspective*, 6 *New Zealand Business L. Q.* 336, 342, nota 30 (2000) at 342, nota 30. *En general, véase*, I. Zajtay, Ch. 14, *The Application of*

considerarlo equivalente a un acuerdo para modificar el derecho aplicable del contrato respectivo. En otras palabras, la CISG puede ser excluida sólo si la conducta de las partes consiste en la formación de un acuerdo para modificar el contrato original de acuerdo con los arts. 6, 11, 14-24 y 29 CISG.¹¹ Las partes deben por tanto cumplir con los requisitos que exige la CISG antes que su elección autónoma pueda ser efectiva.¹²

3. La intención de las partes dirigida a excluir la CISG debe determinarse conforme al art. 8 CISG. Dicha intención debe ser claramente manifiesta, ya sea en el momento de la perfección del contrato o en cualquier momento posterior. Este mismo estándar también se aplica para determinar la exclusión de la CISG durante los procedimientos judiciales.

3.1 No es deseable que exista una gran discrepancia entre los requisitos para excluir la CISG *ex ante* y *ex post*. Hay un consenso en la doctrina y jurisprudencia acerca de las exclusiones acordadas en el contrato original donde una intención clara de excluir es requerida por el art. 6. Generalmente, los tribunales y la doctrina han adoptado una visión restrictiva respecto a exclusiones *ex ante* de la CISG. La mayoría de la doctrina se muestra cautelosa respecto a conclusiones rápidas cuando se trata de exclusiones implícitas en el contrato.¹³ Se han aceptado exclusiones implícitas,¹⁴ pero la mayoría de los tribunales han sido recelosos de inferir una exclusión cuando la intención no es clara en una cláusula contractual.¹⁵ Generalmente se ha exigido una intención ‘cierta’ o ‘real’ más que una hipotética.¹⁶ Sobre

Foreign Law, en K. Lipstein (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, *Private International Law*, 8, §14-13 (1972) 9, §14-13.

¹¹ Schlechtriem, en Schlechtriem & Schwenger 2ª edn, *supra* nota 2, Art. 6, en 91 para. 14; Schwenger & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 114 & 116 paras 24 & 28 (acuerdos para derogar por modificación están ‘sólo’ sujetos a la CISG, no las reglas de conflicto). Los acuerdos que modifican contratos gobernados por la CISG están también sujetos a las reglas de formación de la CISG: U. Schroeter, en Schwenger 3ª edn, *supra* nota 3, Art. 29, en 472 & 473 paras. 2 & 4; P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law* 63, §A5 (1986) (‘Uniform Sales Law 1986’); F. Ferrari, *The CISG’s Sphere of Application: Articles 1–3 and 10*, in F. Ferrari et al (Eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, 21, *passim* (2004) (‘Digest & Beyond’), en 61 (‘contratos que modifican un contrato internacional de mercaderías caen igualmente dentro de la CISG, ya que ellos afectan directamente los derechos y obligaciones [de las partes]’); Peter Schlechtriem y Petra Butler, *UN Law on International Sales* 87 [97] (2009); Pilar Perales Viscasillas, *Modification and Termination of the Contract*, 25 J. L. & Com. 167, 171 (2005-6); Henry Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods* 22 (2009) (siempre que no aplique absolutamente). Aludiendo al desacuerdo respect a la relevancia de los arts 8, 14-24 en relación con Art. 29: Andrea Björklund, in Kröll et al (eds), *supra* nota 1, Art. 29, 382, en 383 [5].

¹² Spagnolo, *supra* nota 9. en 204-205.

¹³ En contra de la exclusión explícita: F. Enderlein & D. Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, Art. 6, en 48-49 paras 1.2 & 1.3 (1992) (‘Enderlein & Maskow’); Schlechtriem, en Schlechtriem & Schwenger 2ª edn, *supra* nota 2, Art. 6, en 88-89 para. 12 (indicando la reticencia de la doctrina de inferir la exclusión). Apoyando la inclusión implícita: M. Bridge, *Choice of Law and the CISG: Opting In and Opting Out*, en H. M. Flechtner et al (Eds), *Drafting Contracts Under the CISG*, 65 at 77 (2008), *pero véase id.*, en 78 (advirtiendo que las partes tienen la carga de manifestar su intención claramente); H. M. Flechtner (Ed.), J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Art. 6, en 108-110 & nota 19 para. 77.1 (2009) (‘Honnold 4a edn’).

¹⁴ Véase, e.g. *Olivaylle Pty Ltd v Flottweg GmbH & Co KGAA* (No 4) (2009) 255 ALR 632, Federal Court, Australia, 20 de Mayo de 2009 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520a2.html>>; *District Court (LG) München*, Germany, 29 Mayo 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950529g1.html>>; *Bezirksgericht [Lower District Court] (BG) Weinfelden*, Switzerland, 23 Noviembre 1998 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981123s1.html>>; *Cour d'appel de Colmar*, Francia, 26 de Septiembre de 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950926f1.html>> (es una decisión que, en este sentido, es criticada, y que fue conocida por la Cour de Cassation a propósito de un recurso de apelación, 17 de Diciembre de 1996, *supra* nota 4).

¹⁵ Schlechtriem, en Schlechtriem & Schwenger 2ª edn, *supra* nota 2, art. 6, en 88-89 para. 12 (señalando la reticencia de los tribunales de inferir la exclusión). Véase, e.g., *International Commercial Arbitration in Ukraine Chamber of Commerce and Trade*, 218y/2011, 23 de enero de 2012, CLOUT Abstract No 1405 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120123u5.html>> (aplicando la CISG como parte del derecho de Ucrania escogido en el contrato, a pesar de la incorporación GAFTA No 200 excluyendo la CISG, sosteniendo que la intención de excluir debe ser expresa y clara).

¹⁶ *Cour de Cassation*, 17 de diciembre de 1996, *supra* nota 4 (la exclusión implícita debe ser ‘cierta’); Honnold 4ª edn, *supra* nota 13, Art. 6, en 107-108 para. 77 (requiriendo voluntad ‘real’ y no formal, por lo que las exclusiones deben ser ‘expresas’ o ‘claramente implícitas’). Véase también, Enderlein & Maskow, *supra* nota 13, Art. 6, en 48; F. Ferrari, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, 15 J. L. & Com. 1, en 88, nota 614 (1996); F. Ferrari, *Applicability*

todo, los casos demuestran notoriamente que se requiere una ‘intención clara’ para una exclusión *ex ante*.¹⁷ Al contrario, cuando las partes se han abstenido de reclamar o presentar argumentos basados en la CISG en procedimientos judiciales que involucran un contrato en el cual la CISG es el derecho aplicable, la intención de excluir ha sido frecuentemente analizada por parámetros menos exigentes, y en algunos casos, el derecho nacional se ha aplicado en lugar de la CISG.

3.3 En lugar de tener diferentes criterios para la determinación de la intención en situaciones *ex ante* y *ex post*, es apropiado determinar un único y uniforme estándar que pueda aplicarse consistentemente para determinar la intención de excluir tanto en la etapa contractual como en la post-contractual.

3.4 Debido a que las decisiones de tribunales de justicia y arbitrales, así como la mayoría de la doctrina, son muy exigentes para determinar la intención de excluir la CISG al momento de celebrar el contrato, este estándar estricto deba mantenerse como el estándar único y uniforme para todo tipo de exclusiones durante las etapas contractual y post contractual, incluyendo los procedimientos judiciales. Una intención clara de excluir la CISG debería ser deducida antes que el tribunal arbitral o el juez haya establecido la existencia de un acuerdo de excluir la CISG, ya sea al tiempo de la conclusión del contrato o en la etapa post contractual.

3.5 Es cierto que esto eleva la exigencia de la intención de excluir la CISG a un nivel más alto que el que se exige en general bajo la CISG. Sin embargo, en la etapa precontractual, la exigencia probatoria para inferencias que satisfagan el art. 6 es ya consistentemente aplicada de manera estricta por cortes y tribunales.¹⁸ Esta interpretación estricta del requisito para la intención de excluir la CISG, por lo general adoptada en fallos relativos a exclusiones *ex ante*, es apropiada para promover eficiencia y certeza.¹⁹ Estimula una mayor y más predecible aplicación uniforme de la CISG. También se ajusta a la visión de la mayoría de la doctrina,²⁰ que propugna el carácter internacional de la CISG y la necesidad de promover uniformidad en su aplicación, como lo exige el art. 7(1), desarrollando el propósito original de la CISG de ‘contribuir a la remoción de las barreras legales en el comercio internacional y a la promoción del desarrollo del comercio internacional’. Es consistente con el carácter de la Conferencia Diplomática, donde la preocupación fue que el derecho uniforme se tornaría inefectivo si los tribunales eran poco exigentes al determinar la exclusión,²¹ una preocupación política que ha sido expresamente reconocida en algunos casos.²² En la interpretación de acuerdos que potencialmente pueden excluir la aplicación de la CISG, un principio de *in dubio pro conventione* sirve a estos propósitos.

and Applications of the Vienna Sales Convention (CISG), 4 Int'l Legal Forum 138, en 220 (1998)('International Legal Forum') at 220.

¹⁷ Oberster Gerichtshof [Corte Suprema], Austria, 22 Octubre 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html>> ('[U]na exclusion implícita puede ser asumida solamente si la voluntad de las partes es lo suficientemente clara. Debe aplicarse la CISG a menos que se pueda establecer con suficiente claridad que se ha convenido una exclusión de la Convención (tomando en consideración los criterios previstos por el art. 8 para la interpretación de las declaraciones y conductas de las partes).

¹⁸ Además, la interpretación uniformemente restrictiva puede entenderse independiente de si la ley aplicable (si la exclusión de la CISG es confirmada) es la del foro o de un derecho nacional extranjero: U.G. Schroeter, *To Exclude, to Ignore, or to Use?: Empirical Evidence on Courts', Parties' and Counsels' Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability)*, en L. DiMatteo (Ed.), *The Global Challenge of International Sales Law* (Cambridge University Press, 2014) 16 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1981742>.

¹⁹ Véase la discusión en L. Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer, 2014) Ch. 10.

²⁰ Para una crítica del standard de prueba respecto de la exclusión *ex ante* ter, *supra* nota 18, at 8-9.

²¹ La Conferencia Diplomática declinó hacer especial referencia a la capacidad para excluir la CISG de forma implícita ‘ya que dicha referencia podría llevar a los tribunales a concluir, injustificadamente, que la CISG queda excluida del todo’: *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 10 de Marzo de 2011 Abril 1980, UN Doc. A/CONF.97/19, en 17.

²² Travelers Property Casualty Company of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd, 2007 WL 313591, U.S. District Court, Minnesota, 31 January 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>> (una consagración explícita de la cláusula de no optar promueve una mayor uniformidad, así como la observancia de buena fe en el comercio internacional, dos principios que inspiran la interpretación de la CISG’); St Paul Guardian Insurance Company and Travelers Insurance Company v. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH, 2002 U.S. Dist. LEXIS 5096 (S.D. N.Y.), 26 March 2002

3.6 Los arts. 29 y/o 11, 14-24; arts. 6 y 8 CISG son de suma importancia para determinar si las partes han acordado excluir la CISG. El juzgador debe determinar si una inferencia clara de excluir la CISG surge de las palabras y/o la conducta de las partes en el sentido que ellas deberían razonablemente ser entendidas como manifestación de tal intención: art. 8(2) CISG. La evidencia puede avalar conclusiones divergentes en relación con la intención. Al comparar conclusiones divergentes que surgen de dicha evidencia, el juzgador debe determinar la más probable intención entre las hipótesis en competencia. Al hacer lo anterior, el art. 7 requiere que el juzgador tenga en mente la necesidad de un desarrollo uniforme del derecho, por lo que el requisito uniforme de una clara intención de excluir, impuesto por los arts. 6, 11, 14-24 y 29, debería ser usado para excluir tanto en la etapa contractual como en la post contractual.

3.7 De lo anterior se sigue que, si bien una exclusión implícita es posible, la intención de excluir no debe ser fácilmente inferida de acuerdo con el art.6 CISG. En concordancia con los casos y los comentarios, la balanza debería generalmente inclinarse en favor de la no exclusión cuando los hechos no respaldan la inferencia de una clara intención de excluir.²³ En otras palabras, cuando según el art. 8 CISG existan inferencias equivalentes y contradictorias, en ausencia de una intención clara de excluir, debería entenderse que las partes no han evidenciado razonablemente su intención de excluir según el art. 8(2) CISG. Las partes tienen la carga de probar que la elección del derecho aplicable ha sido suficientemente clara, de manera que pueda entenderse razonablemente que han contemplado el propósito de la exclusión: art. 8(2) CISG.²⁴ Así, los hechos del caso particular no deben ser ignorados, pero deben confrontarse adecuadamente con el requisito de una clara manifestación de voluntad.²⁵ La conducta de las partes tanto antes como después de la elección del derecho aplicable debe ser tomada en cuenta de acuerdo al art. 8(3) CISG.

3.8 Naturalmente, la prueba de la voluntad debe ser analizada caso a caso, de acuerdo con el art. 8 CISG, pero es posible pronunciar algunas observaciones generales respecto a lo que debería razonablemente entenderse como una voluntad de excluir según el art. 8(2).

4. En principio, la intención clara de excluir la CISG:

(a) cabe ser inferida, por ejemplo, de:

- (i) la exclusión expresa de la CISG;**
- (ii) la elección del derecho de un Estado no contratante;**
- (iii) la elección específica de una ley o código nacional cuya aplicación hubiera sido expresamente excluida por la CISG.**

(b) no cabe ser inferida simplemente de, por ejemplo:

- i) la elección del derecho de un Estado Contratante;**
- (ii) la elección del derecho de una unidad territorial de un Estado Contratante.**

4.1 Los tribunales de justicia y arbitrales aplican un estándar estricto para la voluntad de excluir *ex*

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>> (estableciendo que la elección del derecho de un determinado Estado Contratante no excluye la aplicación, a su vez, de la CISG. Sostener lo contrario sería atentar contra los objetivos de la Convención’).

²³ Spagnolo, *supra* nota 9, en 208.

²⁴ *Oberlandesgericht* [Appellate Court] (OLG) Linz, Austria, 23 de enero de 2006, [2.2] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>> (el *onus probandi* sobre la exclusión recae sobre la parte que la alega, (citando a Schlechtriem/Ferrari) pero, las resoluciones que se pronuncian sobre la exclusión han sido revocadas por la más reciente jurisprudencia de la *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema], Austria, 4 de julio de 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>>; Bridge, *supra* nota 13, en 78.

²⁵ Schroeter, *supra* nota 18, en 8.

ante la CISG. El conocimiento de que se aplica la CISG no es considerado relevante en el contexto de *ex ante* cláusulas de derecho aplicable.²⁶

4.2 Cuando una cláusula de derecho aplicable indica que el derecho de un Estado Parte rige el contrato, la doctrina y los tribunales han aceptado ampliamente que ello sin más no excluye la CISG, ya que la CISG forma parte del derecho del Estado Parte,²⁷ incluyendo una jurisprudencia importante de los EEUU.²⁸ La elección del derecho de un Estado Parte, inmediatamente después de una exclusión expresa

²⁶ Este ha sido la interpretación que ha tenido lugar en los casos a los que, a continuación, se hará referencia. Asimismo véase, Schwenzler & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 108-109 para. 14.

²⁷ See, e.g., *Cour de Cassation*, 17 de diciembre de 1996, *supra* nota 4 (la sola remisión al derecho de uno de los Estados Contratantes, mediante cláusulas, no es suficiente); *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema], Austria, 26 de enero de 2005 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050126a3.html>>; *International Chamber of Commerce (ICC) Award No. 7565* de 1994 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>>; *Bundesgerichtshof* [Corte Suprema Federal] (BGH), Alemania, 25 de noviembre de 1998 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html>>; *Corte Suprema Federal (BGH), Alemania, 23 de julio de 1997 (Benetton I)* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723g1.html>> (traducción A. Raab); *Corte Suprema Federal (BGH), Alemania, 23 de julio de 1997 (Benetton II)*, *NJW* 1997, 3309, 3310 at 3310 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723g1.html>>; *Corte Suprema, Austria, 22 de octubre de 2001, supra* nota 17 ('la elección del derecho interno austriaco conlleva la aplicación de CISG, ya que ésta última es parte de aquella. Por su parte, dicha remisión legal, sin que comprenda una declaración explícita que excluya la CISG, no constituye una exclusión implícita, debido a que, como ya dijimos, la CISG es parte del derecho austríaco, por lo que está incluida en la elección del derecho austríaco, en primacía por sobre la referencia al derecho de una unidad territorial que, de otra forma, resultaría aplicable'); *Kantonsgericht* [District Court](KG) Zug, Switzerland, 11 de diciembre de 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031211s1.html>>; *Oberlandesgericht (OLG)*[Appellate Court] Frankfurt, Alemania, 30 de Agosto del 2000, *CLOUT* Case No. 429 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000830g1.html>> ("la sujeción al derecho suizo" no implica exclusión, ya que sería necesaria una explícita referencia al Código Suizo); *Cour d'appel Paris*, 6 de noviembre de 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011106f1.html>>; *Foreign Trade Court of Arbitration*, adjunta a la Serbian Chamber of Commerce, 6 de mayo de 2010 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>>; *NV Van Heygen Staal v. GmbH Stahl- und Metalhandel Klockner*, Hof van Beroep [Corte de Apelaciones] Gent, Bélgica, 20 de octubre de 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041020b1.html>>; *Corte Suprema, Austria, 2 de abril de 2009, CLOUT* Case No. 1057 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>; *Corte Suprema, Polonia, 17 de octubre de 2008, M. Zachariasiewicz, Abstract* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081017p1.html>>; *Arbitration Court of Latvian Chamber of Commerce and Industry*, 7 de julio de 2011 <<http://www.cisgnordic.net/110707LV.shtml>>; *District Court (LG) Kiel, Alemania, 27 de julio de 2004* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040727g1.html>>; *Tribunal Supremo Popular (Sala de lo económico), Cuba, 16 de Agosto de 2008* <<http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/cuba/>>. Aunque no resulta relevante para los hechos, véase *Tribunale di Forlì*, Italia, 26 de marzo de 2009, *supra* nota 2, en 17, §VI. Asimismo, véase *UNCITRAL Digest of Case Law on the [CISG]* (2012) <<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>> Art. 6 para. [11]; Schlechtriem, in Schlechtriem & Schwenzler 2nd edn, *supra* nota 2, Art. 6, en 90 para. 14 ('la opinión mayoritaria sostiene que la referencia a la legislación de uno de los Estados Contratantes, no implica, en sí misma, la voluntad de excluir la CISG'); Schwenzler & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 108-109 para. 14; Mistelis, *supra* nota 1, en 101 para. 7 & 104 para. 18 & notas 31 & 32; Schroeter, *supra* nota 18, en 8. Como ejemplo de las escasas excepciones a lo señalado, es decir, donde los tribunales han arribado a una conclusión opuesta, las partes han optado por la "exclusiva" aplicación del derecho nacional: *Hof's-Hertogenbosch* [Appellate Court], Países Bajos, 13 de noviembre de 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071113n1.html>>; *Tribunale Civile di Monza, Italia, 29 de marzo de 1993, CISG-online* Case No 102 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>> (la elección del derecho italiano lleva a excluir la CISG, en circunstancias en las que, independiente de remitirse a dicha legislación, la Corte determinó que no se cumplió con lo establecido en el artículo 1(1)(a) ni a (b) CISG); *International Commercial Arbitration of the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, supra* nota 15 (la aplicación de la CISG, con la intención de lograr la exclusión, requiere que ello se establezca de forma expresa y clara, donde el contrato principal optó por el derecho ucraniano sin excluir la CISG, y solo incorporó expresamente GAFTA n°200 "excepto en aquello que resulte contrario a las cláusulas subyacentes del contrato"). Sólo dos recientes fallos sostienen lo contrario, véase *Tribunal Cantonal [Appellate Court] Vaud, Suiza, 24 de noviembre de 2004* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041124s1.html>> (aunque reconociendo que, por lo general, la elección del derecho de uno de los Estados Contratantes no excluye optar por el derecho suizo en circunstancias en que no exista contrato u otro tipo de relación contractual con Suiza, ha sido interpretado como un intento de que el contrato se regule por el Código de Obligaciones suizo en lugar de la CISG); *Corte de Apelaciones (OLG) München, Alemania 2 de octubre de 2013, CISG-online* Case No 2473 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/131002g1.html>> (las partes incluyeron una cláusula contractual en la que se acuerda el sometimiento a la legislación alemana. La Corte, por su parte, reconoció que las partes "explícita e irrestrictamente estipularon la aplicación del derecho alemán" y, en consecuencia, la CISG quedó excluida) (traducción F. Jaeger).

²⁸ *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy*, 373 F. Supp.2d 475, U.S. District Court New Jersey, 15 de junio de 2005 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 1306 (N.D. Ill.), 29 de enero de 2003 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>>; *American Mint LLC v.*

de la CISG, ha sido considerada que excluye la CISG.²⁹ Una referencia a los INCOTERMS ha sido considerada insuficiente para demostrar la voluntad de excluir la CISG.³⁰ La elección de un derecho nacional excluyendo ULIS fue estimada como no excluyente de la CISG.³¹ Algunos casos han incluso negado la posibilidad de una exclusión implícita en el contrato.³² Al contrario, una cláusula estipulando la ‘*exclusión del derecho de UNCITRAL*’ fue considerada como una manifestación de la voluntad de excluir la CISG.³³ La elección del derecho de un Estado que no es parte ha sido estimada como una exclusión implícita.³⁴

4.3 Una minoría de los casos y doctrina consideran que comporta una exclusión de la CISG la selección del derecho de una unidad territorial o provincia dentro de un Estado Parte.³⁵ Sin embargo, la mayoría

GOSoftware, Inc., 2006 U.S. Dist. LEXIS 1569 (M.D. Pa), 6 de enero de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060106u1.html>>; Travelers Property Casualty Company of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd, *supra* nota 22 (‘en aquellos casos en que las partes han incorporado una cláusula de elección del derecho aplicable en el contrato y en la cual se haya optado por el derecho de uno de los Estados Contratantes “*sin excluir expresamente la aplicación de la CISG*”, esta última igualmente resulta aplicable por cuanto forma parte del ordenamiento jurídico de dicho Estado); Easom Automation case, *supra* nota 3; Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc., 164 F. Supp. 2d 1142, U.S. District Court (N.D. Cal.), 27 de julio de 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>>; St Paul Guardian Insurance Company and Travelers Insurance Company v. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH, *supra* nota 22 (‘Cuando las partes establezcan una cláusula de sometimiento a ley extranjera en el contrato -seleccionando la legislación propia de alguno de los Estados Contratantes sin expresamente excluir la aplicación de la CISG’ dicha elección resultará en la aplicación de la CISG ‘*en cuanto norma del derecho de dicho Estado Contratante*’); BP International, Ltd. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador, 332 F.3d 333, U.S. Court of Appeals (5th Cir.), 11 de junio de 2003 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>> (‘Cuando las partes busquen aplicar el derecho nacional de alguno de los Estados signatarios en lugar de la CISG, deberán expresamente excluir esta última’); Foreign Trade Court of Arbitration Serbian Chamber of Commerce, 6 de mayo de 2010 §IV <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>> (‘si las partes optaron por la legislación de un Estado Contratante sin expresamente establecer que dicha opción sólo se refiere al derecho interno del Estado, entonces, la Convención de Viena será igualmente aplicable’).

²⁹ Beechy Stock Farm Ltd v. Managro Harvestore Systems Ltd, Court of Queen’s Bench Saskatchewan, Canadá, 3 de abril de 2002 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020403c4.html>> (la cláusula dispone “*La aplicación de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) queda excluida*. Así, las partes han acordado someterse al derecho alemán sobre la base del contrato mismo, y en todo aquello que no se exceptúe en las Condiciones Generales de Venta”. Ello fue interpretado como una exclusión de la CISG.

³⁰ Oberster Gerichtshof [Corte Suprema], Austria, 22 de octubre de 2001, *supra* nota 17.

³¹ District Court (LG) Düsseldorf, Germany, 11 October 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951011g1.html>>.

³² Véase Landgericht [District Court](LG) Landshut, Germany, 5 April 1995, §II.1.a <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>> (establece que “ las partes sólo pueden excluir la aplicación de la CISG por acuerdo expreso”); Orbisphere Corp. v. United States, 726 F. Supp. 1344, Federal Court of International Trade, Estados Unidos de América., 24 de octubre de 1989, nota 7 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>>; Tribunal of International Commercial Arbitration de la Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award 54/1999, 24 de enero del 2000, para. 1 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>>. Criticando dichos casos: Schroeter, *supra* nota 18, en 9.

³³ Olivaylle Pty Ltd v Flottweg GmbH & Co KGAA (No 4), 20 de mayo de 2009, *supra* nota 14.

³⁴ P. Perales Viscasillas, *Abstract*, BSC Footwear Supplies Ltd v. Brumby St., Audiencia Provincial de Alicante, España, 16 de noviembre de 2000 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116s4.html>> (un fundamento para concluir que hubo exclusión tácita fue que el derecho inglés regía el contrato); Mistelis, *supra* nota 1, en 103 para. 12 & 104 para. 17.

³⁵ Para la opinión minoritaria, véase American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, 411 F.Supp.2d 61, U.S. District Court Rhode Island, 30 de enero de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (se sostiene la procedencia de la exclusión a partir del sometimiento al derecho del Estado de Rhode Island, y (aunque en el contexto de un litigio por expresa referencia en las solicitudes al “derecho del Estado”) Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc., U.S. District Court (SDNY), 2 de diciembre de 2010 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101202u1.html>> (se concluye que con la referencia expresa al “derecho del Estado” el demandante había aceptado la aplicación del New York Uniform Commercial Code en lugar de la CISG, en diversos escritos presentados a propósito del procedimiento); Rienzi & Sons, Inc. v. Puglisi, U.S. District Court (EDNY), 27 de marzo 2014 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/140327u1.html>> (aprobando Ho Myung Moolsan); Mistelis, *supra* nota 1, at 105 para. 18 & 107 para. 23 (la decisión de someterse a la legislación vigente en una de las provincias de un Estado Contratante puede ser considerada como una exclusión de la CISG) *Contra*, sosteniendo la opinión mayoritaria en cuanto a que el sometimiento a la legislación de una unidad territorial es insuficiente para excluir la CISG, véase e.g., Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd., *supra* nota 28; Asante Technologies v. PMC-Sierra, *supra* nota 28; American Mint LLC v. GOSoftware, Inc., *supra* nota 28; Travelers Property Casualty Company of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd, *supra* nota 22 (optar por la legislación del Estado de Minnesota no es exclusión); Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy, *supra* nota 28 (optar por la legislación de los Estados de New Jersey o New York no

de los tribunales reconoce que como parte del derecho del Estado parte, la CISG es, por extensión, el derecho de tales unidades territoriales. Por ejemplo, en una mayoría de casos en los EEUU la elección del derecho de California, de la Provincia de Columbia Británica o del Estado de Pennsylvania han sido consideradas insuficientes para excluir la CISG.³⁶

4.4 Una elección clara de un derecho nacional de un Estado no Parte evidenciaría la intención de excluir la CISG, pero es discutido si lo es por la mera referencia a una legislación particular o código. La referencia en una cláusula de elección de derecho aplicable a un código o legislación de derecho no uniforme ha sido a veces considerada por los tribunales como suficiente indicación de la voluntad de excluir.³⁷ La doctrina generalmente favorece la noción que la referencia en una cláusula de elección de derecho aplicable a un código o legislación de derecho no uniforme evidencia la voluntad de excluir,³⁸ aunque algunos toman una visión más restrictiva, argumentando que la referencia a un código como el Código Civil es insuficiente y que en cambio, se requiere una referencia específica a la normativa sobre compraventa incluida en el Código.³⁹ Los casos han sido mixtos al respecto. En relación con la selección de códigos o legislación completa, algunos tribunales alemanes han sugerido que la elección ‘del BGB’ o ‘HGB’ podría constituir una exclusión efectiva,⁴⁰ lo mismo un tribunal chino en el caso de selección del derecho chino y también un tribunal austriaco consideró una exclusión implícita en base a una referencia a la Ley Austriaca de Protección al Consumidor o al Código de Comercio de ese país.⁴¹ Los tribunales de los Estados Unidos han estimado que la selección del Código Comercial Uniforme o del Código de Comercio de California puede constituir exclusiones implícitas.⁴² Por otra parte, la Corte

excluiría la CISG); *Beltappo Inc. v. Rich Xiberta, SA*, 7 de febrero de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060207u2.html>>; Schwenger & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 108-109 para. 14; William P. Johnson, *Understanding Exclusion of the CISG*, 59 *Buffalo Law Rev.* 213, at 228 (2011) (concluye que “la cláusula de sometimiento a la legislación de una jurisdicción interna de los Estados Unidos implica optar por la CISG, lo que es afín con lo previsto por la Constitución de dicho Estado federal”). Asimismo, véase Johnson, *id.*, en 242 (cuestión que se discute en el caso *American Biophysics*, *id.*, el que se apoya en casos en que no fue relevante el asunto de la exclusión).

³⁶ *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, *supra* nota 28, en 1150 (los que no evidencian una “clara intención de excluir”); *It's Intoxicating, Inc. v. Maritim Hotelgesellschaft mbH* Federal District Court [Pennsylvania] Estados Unidos de América, 31 de julio de 2013 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>>.

³⁷ Sobre la elección de una determinada legislación nacional o código, *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones] (OLG) Stuttgart, Alemania, 31 de marzo de 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080331g1.html>> (haciendo presente que aplicar la legislación alemana, y por ende el BGB o HGB, no implica excluir la aplicación de la CISG, debido a que “esta última está incorporada en el derecho alemán”. Fórmulas como “las disposiciones del BGB serán aplicables” son necesarias para entender que se hace referencia únicamente a la legislación nacional (y no a la de alguna unidad territorial). *Contra* Appellate Court (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24, [2.3] (la mención del HGB (Código Comercial austríaco) en términos comunes a la regulación de garantías, no es suficiente. Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, Austria, 4 de julio de 2007, *supra* nota 24).

³⁸ Schwenger & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6 para. [25].

³⁹ Al parecer, sugiriendo que se trataría del más seguro curso de acción: Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG* 27 (Kluwer 2008); *Contra* Schwenger & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6 para. [26].

⁴⁰ Corte de Apelaciones (OLG) Stuttgart, 31 de marzo de 2008, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**; Corte de Apelaciones (OLG) Oldenburg 20 de diciembre de 2007, *supra* nota 3; CIETAC Award, 24 de marzo de 1998, CISG-online Case No 930 (la elección de la PRC Law on Economic Contracts Involving Foreign Interest).

⁴¹ Corte Suprema, Austria, 4 de julio de 2007, *supra* nota 24 (la referencia a una norma en particular, como es el caso de la Ley de Protección al Consumidor austríaca o al Código de Comercio austríaco ha sido entendido como una exclusión implícita de la CISG, lo que fue revocado por la Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24).

⁴² *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, *supra* nota 28, en 1150 (dicta); *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024, 1027 n. 1 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>>; *Doolim Corp. v. R Doll, LLC*, U.S. District Court (SDNY), 29 de mayo de 2009 [34] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>> (dicta) (la admisión de la Declaración *Delchi*, en cuanto opta por el UCC, excluye a la CISG).

Suprema de Hungría concluyó que la selección del Código Civil Húngaro no constituía una exclusión de la CISG,⁴³ una decisión que ha sido criticada por la doctrina húngara.⁴⁴

4.5 La posición mayoritaria que sostiene que una cláusula de elección de derecho aplicable indicando un código o ley nacional es suficientemente clara, es consistente con la historia legislativa en que ‘*la referencia al nombre de [un derecho municipal] fue estimada como potencial evidencia de la intención de la partes de excluir la CISG*’.⁴⁵ Sin embargo, esta posición debe tomarse con cautela. Debe recordarse que ciertos cuerpos legislativos nacionales pueden ser el instrumento donde la CISG es incorporada como norma legal en tal Estado Parte, por ejemplo, la *Goods Act* 1958 (Vic.) (Australia). En tales circunstancias, la referencia está lejos de ser clara, siendo necesaria una expresión de voluntad más específica para que la exclusión pueda ser entendida como voluntad suficiente. Destacadamente, este razonamiento no descansa en la decisión húngara antes citada.⁴⁶ Asimismo, la referencia a un código o legislación no uniforme no constituirá una clara indicación de voluntad de excluir en una cláusula de elección de derecho aplicable cuando la transacción en cuestión no cae dentro del ámbito de aplicación de ese código o legislación.⁴⁷ No es necesario para los efectos de la exclusión de la CISG que la cláusula de elección de derecho aplicable se refiera al derecho de compraventa no uniforme dentro del Código. Una referencia a un código que contenga únicamente disposiciones sobre el derecho nacional debería ser suficiente, siempre que dicho Código no contenga a su vez la CISG. Una referencia solo a normas particulares del derecho interno de la compraventa puede evidenciar sólo una intención de excluir partes de la CISG, más que excluirla por completo, como se examinará más adelante [§4.11].

4.6 Se ha especulado si ciertas expresiones podrían indicar una intención de aplicar un derecho nacional no-CISG. Los tribunales no han resuelto el efecto de elegir el ‘código civil y la correspondiente regulación comunitaria.’⁴⁸ Mientras un tribunal italiano ha especulado que la elección de ‘*puro derecho*

⁴³ Corte Suprema, Hungría, 2007, Gfv.IX.30.372/2007/5 (‘el hecho que, en la cláusula de elección de ley aplicable las partes se hayan remitido al Código Civil húngaro en lugar de la legislación húngara en su conjunto, no significa -en concordancia, asimismo, con la expresión utilizada- la exclusión de la Convención y su aplicación. Es evidente que, en las relaciones civiles, cuando las partes se refirieran a un derecho específico para regular dicha relación, y no al derecho húngaro en general, especialmente en circunstancias en que el contrato en cuestión contiene disposiciones no cubiertas por la Convención. [...] En consecuencia, no se puede afirmar que las partes excluyeron la aplicación de la Convención por consentimiento mutuo’)(comentado y traducido por Gusztáv Bacher, *Application of the CISG in Hungary and the effect of the CISG on Hungarian Law*, 30 de octubre de 2008, §1.2 <http://www.google.com.au/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFiAB&url=http%3A%2F%2Fwww.szecskay.hu%2Fdynamic%2FBacher_Application_of_CISG_in_HUNGARY.doc&ei=QatgU4-fIMLoAWLroGgDA&usg=AFQjCNEcae1REvspVHWOSpScAV1PTy2pXg&bvm=bv.65636070,d.dGI>). De manera similar, algunos tribunales alemanes e italianos han rechazado la idea de que, la referencia que las partes hagan durante los procedimientos al BGB u otro precepto normativo nacional, conlleve a una exclusión implícita, cuestión que se discute más adelante: véase District Court (LG) Landshut, 5 April 1995, *supra* nota 32, §11.1.a; Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24; Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004, *supra* nota 100; *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones](OLG) Zweibrücken, Alemania, 2 de febrero de 2004, §3 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>>; *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones](OLG) Hamm, Alemania, 9 de junio de 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html>>.

⁴⁴ Bacher, *supra* nota 43, at §1.2 (citando también a Sándor, Tamás - Vékás, Lajos, *Nemzetközi Adásvétel [International Sale of Goods]*, Budapest, 2005, at 65).

⁴⁵ Véase Summary Records of the First Committee, 4th Meeting, 13 de marzo de 1980, UN Doc. A/CONF.97/C.1/SR.4, reimpresso en Official Records UN Doc. A/CONF.97/19, en 251 para. [38]-[40] (Comentarios de Mr Rognlien por Noruega y Mr Plantard por Francia). *Asimismo*, véase, Johnson, *supra* nota 35, en 254-55.

⁴⁶ Corte Suprema, Hungría, *supra* nota 43 (traducción de Bacher, *supra* nota 43, at §1.2).

⁴⁷ Véase Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24, [2.3] (la referencia al Código de Comercio alemán (HGB) fue insuficiente ya que la operación en cuestión quedó fuera del ámbito de aplicación del HGB, aunque este criterio, fue revocado por la Corte Suprema de Austria, 4 de julio de 2007, *supra* nota 24).

⁴⁸ Véase *Vrhovno sodišče v Celju* [Celje High Court], Eslovenia, 8 de junio de 2011 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110608sv.html>> (la elección de legislación prevista en el contrato hizo referencia al “código civil y su respectiva comunidad normativa”, la que fue obviada por el tribunal de primera instancia, que aplicó la CISG sin considerar el hecho de que las partes la hayan excluido o no, ateniéndose a lo dispuesto por el artículo 6 CISG). Aunque sin mayor relevancia en los hechos, véase *Tribunale di Forlì*, Italia, 26 de marzo de 2009, *supra* nota 2, en 17, §VI (especulando de que la elección del “Código Civil italiano” podría implicar excluir a la CISG).

domestico, o más discutiblemente, del *'derecho nacional italiano'*, podría constituir una exclusión de la CISG,⁴⁹ otros tribunales han decidido que expresiones tales como el *'derecho interno suizo'* y del *'derecho aplicable a los residentes en la República Federal Alemana'*⁵⁰ no excluyen la aplicación de la CISG. Una cláusula de elección de derecho aplicable que hace referencia al *'derecho de un Estado Parte en tanto que difiera/excluya el derecho nacional de otro Estado Parte'* se ha sugerido que podría conllevar la voluntad de excluir la CISG.⁵¹ Por otra parte, un tribunal suizo consideró que la elección del derecho suizo *'como si se tratara de contratantes nacionales'* importa la selección del derecho nacional, y un tribunal holandés llegó a la misma conclusión al examinar una cláusula de elección de derecho aplicable que hace referencia a la aplicación *'exclusiva'* del derecho nacional.⁵²

4.7 La elección de una estipulación contractual asociada a una jurisdicción en particular ha sido estimada que no constituye una elección de tal jurisdicción, como tampoco una exclusión implícita de la CISG.⁵³ El intento de excluir la aplicación del derecho nacional de compraventa, incluso fallidamente, fue considerado en un fallo canadiense como un intento de excluir la CISG.⁵⁴ Una coma fuera de lugar en una cláusula de exclusión que señalaba *'todas las disputas se sujetarán exclusivamente al derecho austriaco, excluyendo el derecho internacional privado, y la CISG'*, llevo a un *'extenso análisis de argumentos'* antes que el tribunal aceptara que la CISG había sido excluida.⁵⁵

4.8 Es dudoso que pueda probarse que las partes tuvieron la clara intención de excluir la CISG por haber seleccionado el derecho de una unidad territorial o provincia de un Estado Parte de la CISG,⁵⁶ pero una cláusula de elección de derecho aplicable referida a una legislación específica o código puede ser interpretada más fácilmente como evidencia de una intención clara.⁵⁷ La elección del *'derecho nacional'* de un Estado Parte no es diferente de la elección del derecho del Estado Parte, y así, sin más, no debería generalmente considerarse como evidencia de una clara voluntad de excluir la CISG, aunque la selección del *'derecho nacional exclusivamente'* de tal Estado, es más probable que constituya prueba de tal exclusión, ya que es difícil explicar de otra manera la inclusión de la palabra *'exclusivamente'*. La intención de excluir o limitar la aplicación de leyes o códigos específicos suele comportar prueba suficiente de una clara intención de excluir la CISG.

⁴⁹ Aunque sin mayor relevancia en los hechos, véase *Tribunale di Forlì*, Italia, 26 de marzo de 2009, *supra* nota 2, at 17, §VI.

⁵⁰ ICC Award No. 12365/2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412365i1.html>>; Hof van Beroep [Appellate Court] Gent, Bélgica, 20 de octubre de 2004, *supra* nota 27; Schroeter, *supra* nota 18, en 9.

⁵¹ Appellate Court (OLG), Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24, [2.3] (sugiriendo que dicha expresión podría constituir una exclusión implícita de la CISG (utilizando el término "derogado"); UNCITRAL Digest, *supra* nota 27, Art. 6 en para. [12](citando a OLG Linz, en el que se utilizó el término 'difiere').

⁵² Tribunal Federal suizo, 16 de diciembre de 2012, 4A_240/2009, CISG-online Case No 2047 (*'dass Schweizer Recht zur Anwendung gelange, und zwar so, wie wenn inländische Parteien betroffen wären'*)(traducción de Landolt, *supra* nota 3; Hof's-Hertogenbosch [Appellate Court], Países Bajos, 13 de noviembre de 2007, *supra* nota 27 (aun cuando la Corte Suprema de Holanda tomó en consideración el hecho de que las partes alegaron la aplicación de la CISG, dicho argumento no había sido presentado sino en el escrito de réplica)(traducción de S. Krusinga).

⁵³ *Accord Nidera SA v. General Oil Trading BV*, District Court Rotterdam, Países Bajos, 2 de marzo de 2011 [2.5] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110302n1.html>> (rechazando el argumento que la referencia a "efectivo por sobre documentos", permita inferir la elección del derecho inglés).

⁵⁴ Aunque esto no estaba expresamente recogido en el razonamiento de la Corte, véase *Houweling Nurseries Oxnard, Inc. v. Saskatoon Boiler Mfg. Co. Ltd.*, Queen's Bench for Saskatchewan, Canadá, 14 de marzo de 2011 [90]-[93] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110314c4.html>> (en donde el tribunal aplicó la ley local de la compraventa luego de decidir una petición de excluir disposiciones contenidas en dicha ley, sin explicar la razón por la que omitió aplicar la CISG a pesar de que su potencial aplicación había sido puesta en conocimiento del tribunal por las partes).

⁵⁵ *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema], 2 de abril de 2009, *supra* nota 27 (la cláusula dispone: *'Gerichtsstand. Gerichtsstand für alle Streitigkeiten ist Steyr. Für alle unsere Streitigkeiten gilt ausschliesslich österreichisches Recht, ausgenommen IPR, und UN-Kaufrecht'*; Schroeter, *supra* nota 18, en 22, nota 122.

⁵⁶ *Accord Schwenzer & Hachem*, *supra* nota 3, Art. 6, en 108-109 para. 14; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, *supra* nota 28; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, *supra* nota 28; *Travelers Property Casualty Company of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd*, *supra* nota 22. *Contra American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, *supra* nota 35; *Mistelis*, *supra* nota 1, en 105 para. 18 & 107 para. 23.

⁵⁷ *Accord* Appellate Court (OLG) Stuttgart, 31 de marzo de 2008, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**

4.9 También se considera probable que una persona razonable pudiese entender una cláusula que excluya el “el derecho de UNCITRAL” como evidencia de excluir algo, y es difícil de imaginar una hipótesis alternativa a que dicha expresión comporte la exclusión de la CISG.⁵⁸ En ausencia de prueba o conducta que pueda apuntar en otra dirección, resulta poco clara cuál ha sido la intención de las partes detrás de la cláusula ‘*Todas las disputas se sujetarán exclusivamente al derecho austriaco, excluyendo el derecho internacional privado y la CISG*’. Tampoco es muy clara la intención de excluir la CISG al elegirse ‘*derecho nacional de [un Estado Parte] establecido en la legislación [de dicho Estado Parte] e interpretado por sus tribunales*’, ya que la CISG puede efectivamente ser establecida por la legislación doméstica y será naturalmente objeto de las decisiones de los tribunales nacionales.⁵⁹ En estos casos en que podría ser razonablemente entendido como una intención que no es suficientemente clara, una interpretación estricta debería favorecer la aplicación de la CISG a menos que exista alguna otra prueba apuntando a que las partes quisieron excluir la CISG. Por otra parte, la elección del derecho de un Estado no Parte de la CISG, indicaría generalmente una intención suficiente de no quedar obligado por la CISG.

4.10 Una cláusula de selección de jurisdicción no implicará sin más la exclusión de la CISG cuando el foro seleccionado se encuentre localizado en un Estado Parte. Así se ha sostenido en algunas decisiones. En un caso alemán se decidió correctamente que mientras que la elección del tribunal competente podría constituir un ‘indicio’ del derecho aplicable, este ‘indicio’ se apoya en la presunción que las partes normalmente no elegirán un foro que tenga que aplicar derecho extranjero. Esta presunción, sin embargo, no tiene relevancia para la CISG, que no constituye “derecho extranjero” en un Estado Parte.⁶⁰ Sin embargo, esta presunción podría adquirir relevancia cuando se escoge un tribunal de un Estado no Parte, el cual podría consecuentemente estimar que las partes han querido excluir la CISG.

4.11 Debe tenerse en cuenta que las partes podrían referirse a un derecho nacional que excluye a la CISG, especialmente en relación con materias que no se rigen por la CISG. Este podría ser el caso, por ejemplo, en una cláusula de reserva de dominio, por la cual las partes se refieren a un derecho nacional que regula el derecho de dominio o la titularidad de las mercaderías, materia excluida por el art. 4(b) CISG;⁶¹ o, en los contratos de franquicia o distribución en los que se escoge el derecho nacional aplicable a la representación o validez (art. 4(a) CISG); u otras situaciones en las cuales se eligió el derecho aplicable a la cesión de derechos. En tales situaciones, mucho dependerá de la redacción de la

⁵⁸ *Accord Olivaylle Pty Ltd v Flottweg GmbH & Co KGAA* (No 4), 20 de mayo de 2009, *supra* nota 14.

⁵⁹ Este caso fue presentado en el 21st Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Problem, 2014, siendo “Mediterráneo” el Estado Contratante ficticio.

⁶⁰ Tribunal de Apelaciones (OLG) Stuttgart, Alemania, 31 de marzo de 2008, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**; *Handelsgericht* [Tribunal de Comercio](HG) Aargau, Suiza, 10 de marzo de 2010, CISG-online No 2176 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100310s1.html>> (el tribunal sostuvo que la selección de foro que opta por un tribunal perteneciente a un Estado Contratante parte de la CISG no sería suficiente para excluirla, ya que conforme a lo establecido en el artículo 6 CISG dicho tribunal está obligado a aplicar la CISG, ya que forma parte del ordenamiento jurídico nacional)(traducción de U. Schroeter). *Asimismo, véase* Tribunal de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24, at [2.2] (revocado en apelación por la Corte Suprema de Austria, 4 de julio de 2007, *supra* nota 24). *Contra Obergericht* [Tribunal de Apelaciones] Aargau, Suiza, 3 de marzo de 2009 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090303s1.html>> (*inter alia*, considerando que una cláusula de selección de foro era pertinente, aunque la exclusión de la CISG a último momento no fue admitida)(traducción de Landolt, *supra* nota 3 & A. Raab).

⁶¹ En *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty Ltd* (1995) 57 FCR 216 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428a2.html>> la CISG era la norma vinculante, pero la cuestión principal versó sobre la propiedad de unos bienes, respecto a los cuales se había nombrado un administrador. El tribunal admitió, acertadamente, que “la cláusula Romalpa” que se refiere a la retención del título de dominio sobre las mercaderías, era una cuestión no regulada por la CISG. El tribunal también decidió que dicha cláusula había sido incorporada a partir de la referencia a disposiciones sobre formación del contrato de la CISG. Un subcontratista inscribió un gravamen sobre un edificio, cuestión regida por el Código Civil suizo, en Tribunal de Apelaciones, Aargau, Suiza, 3 de marzo de 2009, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.** (expresando, sin tener que decidirlo, que el derecho suizo o austriaco regulaba las acciones que surgen eventualmente del art. 41 CISG) (traducción de Landolt, *supra* nota 3 & A. Raab).

cláusula. Sin embargo, en ausencia de prueba en contrario, aplicando un estándar exigente para determinar la intención de las partes, podría resultar en lo siguiente:

(a), Si el lenguaje empleado expresa claramente la elección de un derecho nacional que no es la CISG, con relación a temas que no se encuentran regidos por la CISG, entonces la elección de las partes opera solo para llenar vacíos externos en la CISG respecto de materias determinadas que están más allá de su ámbito de aplicación. Esto reconoce que las partes, conscientes de los límites de la CISG, han acordado el derecho aplicable a materias no reguladas en ella;⁶²

(b) Si la elección del derecho aplicable se refiere a una materia cubierta por la CISG (por ejemplo, transmisión del riesgo, incumplimiento anticipado, pago del precio)⁶³, dicha elección puede implicar excluir la aplicación de la CISG en relación con dichas materias, pero no en su totalidad, lo cual es consistente con lo que se dirá respecto a la elección de los INCOTERMS [§4.12];

(c) Si la elección del derecho aplicable no se limita a materias específicas, sino que parece ser de naturaleza más general, cabe aplicar los criterios generales de interpretación que se adoptan en esta Opinión.⁶⁴

4.12 Una elección de derecho aplicable indicando un conjunto de reglas, en lugar de un derecho nacional, queda sujeta a la validez de la elección bajo el derecho aplicable. Si dicha elección es suficiente para significarla exclusión de la CISG depende del ámbito de aplicación de las reglas de derecho válidamente escogidas. La intención de excluir la CISG es suficientemente clara si el ámbito de aplicación de tales reglas es el mismo o es más amplio que la CISG. Por ejemplo, si las partes eligen los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales,⁶⁵ en la mayoría de los casos dicha elección debería ser razonablemente interpretada en el sentido que las partes han querido que se apliquen los Principios UNIDROIT en lugar de la CISG, siempre que tal elección sea válida.⁶⁶ Cuando tal elección no sea permitida por el derecho aplicable, la intención de excluir la CISG en ausencia de normas positivas de elección de derecho aplicable no será suficientemente clara. La selección de INCOTERMS implica un rango más restringido de materias, por lo que no puede en sí mismo objetivamente manifestar una clara voluntad de excluir la CISG en su totalidad sino una mera exclusión de alguna de sus normas, como las relativas a riesgo, documentos o pago.⁶⁷

⁶² Este enfoque fue seguido por el tribunal de apelación de Ginebra, Suiza, 12 de marzo de 2010, C/13279/2006, CISG-online Case No 2426 (alegar en base al derecho belga no constituye necesariamente una exclusión tácita de la CISG, ya que ciertas áreas de dicho ordenamiento jurídico quedaron fuera del ámbito de aplicación de la CISG)(traducción de P. Landolt, *supra* nota 3). Asimismo, véase, Tribunal Supremo Federal (BGH), Alemania, 23 de julio de 1997 (Benetton II), *supra* nota 27.

⁶³ Véase Tribunal of International Commercial Arbitration de la Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 12 de noviembre de 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041112r1.html>> (excepción relacionada con el riesgo, incumplimiento anticipado); Tribunal de apelaciones de Ginebra, Suiza, 22 de octubre de 2010, CISG-online Case No 2430 <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2430.pdf>> (excepción del Art. 58 CISG en cuanto al acuerdo válido sobre el precio, y que de otra forma haría aplicable a la CISG)(traducción de C. Baasch Andersen).

⁶⁴ Por ejemplo, para elegir la legislación de uno de los Estados Contratante sin exclusión de la CISG, discutido anteriormente en §4.2. En cuanto al método para llenar vacíos normativos recurriendo al derecho interno en cuestiones no reguladas por la CISG, véanse los comentarios de la Sala en lo Económico del Tribunal Supremo Popular, Cuba, 16 de Agosto de 2008, *supra* nota 27 (traducida en Addendum, Índice, traducción de P. Perales Viscasillas).

⁶⁵ International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 (Roma: UNIDROIT) (Principios UNIDROIT).

⁶⁶ Lo mismo aplica para la elección de los Principios Europeos de Derecho Contractual. Véase, Partes I & II (1999) & Parte III (2003), disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html> (PECL/'Lando Principles').

⁶⁷ *Accord Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema], Austria, 22 de octubre de 2001, *supra* nota 17; Mistelis, *supra* nota 1, at 106 para. 20 (adoptar esta interpretación es "indiscutiblemente correcto"). De forma similar, si la literalidad del contrato no establece consecuencias a la propuesta de continuación del contrato, entonces el artículo 71(3) CISG podría aportar la solución: Tribunal of International Commercial Arbitration de la Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 12 de noviembre de 2004, *supra* nota 63.

4.13 La ahora retirada propuesta de Regulación de Compraventa Europea (CESL) contemplaba un mecanismo de aplicación expresa de las partes (*opt in*).⁶⁸ Hubo cierta controversia respecto a cómo conciliar la aplicación del proyecto de CESL y la CISG.⁶⁹ Se ha sostenido que la CISG debería prevalecer sobre la CESL cuando los dos instrumentos resultaran aplicables. Optar expresamente por la CESL no implica una exclusión válida de la CISG en la medida en que ‘*la CISG se mantiene aplicable a menos que sea válidamente excluida, y la CESL respeta la prevalencia de la CISG*’.⁷⁰ Esta interpretación es consistente con la necesidad de que exista una clara voluntad de excluir la CISG.

4.14 Los textos intercambiados por las partes pueden diferir en el sentido que una parte pretenda excluir la CISG y la otra no. En esta situación, la intención de excluir la CISG deviene problemática. La interpretación del art. 6 CISG más acorde con el requisito de una intención clara para excluir la CISG exige que ambas partes concuerden excluirla de manera positiva. No habrá una intención clara de excluir la CISG para efectos del art. 6 CISG si ambas partes eligen la aplicación del derecho de Estados Partes, pero solo una de ellas excluye la CISG.⁷¹ Dicha intención de excluir la CISG tampoco resultaría clara si las partes intercambian cláusulas tipo o estándar que mutuamente pretenden excluir la CISG. Por ejemplo, una parte puede indicar como derecho aplicable el danés, excluyendo la CISG, y la otra puede indicar el derecho español, también excluyendo la CISG. Ni el derecho danés ni el español serán aplicables según el método ‘*knock out*’ aplicable a cláusulas estándar contradictorias, tal como lo recomienda la Regla 10 de la Opinión Consultiva del CISG-AC n°13.⁷² Sin embargo, no parece

⁶⁸ La propuesta fue retirada el 16 de diciembre de 2014 en la EU Commission Work Program para 2015 Item 60. Véase *Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, art. 3, COM (2011) 635 final (10 de noviembre de 2011) <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>>, adoptada por el EU Parliament: *European Parliament legislative resolution of 26 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD))(procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), Art. 3 (enmendado) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159>>.

⁶⁹ CESL Regulation, *id.*, at para. [25](la decisión de optar por el CESL debería implicar la exclusión de la CISG). *Asimismo, véase* Franco Ferrari, *CISG and OHADA Sales Law*, in U. Magnus (ed.), *CISG vs Regional Sales Law Unification* 79, 88 (Sellier 2012) (en relación a OHADA y el Art. 90). *Contra* P. Schlechtriem & P. Butler, *UN Law on International Sales* 239 (Springer (indicando que mientras otros acuerdos internacionales prevalecen sobre la CISG, en conformidad con el artículo 90, ello “no aplica a la legislación europea, ni a sus Reglamentos ni Directivas” y que para que dichos instrumentos prevalezcan, el Estado pertinente “deberá hacer una declaración en conformidad a los artículos 94(1) o (2) CISG”); I. Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods* 44 *UCC Law Journal* 457, at 459 (2012)(observando que mientras los redactores del CESL consideran que su elección importa una exclusión implícita de la CISG, cabe observar que “dicha jerarquía podría ser fijada por las autoridades europeas, ya que si las partes optaron válidamente por la CISG, ésta es quien determina exclusivamente su campo de aplicación”); *asimismo, véase* I. Schwenzer & D. Tebel, *The World is Not Enough*, 31 *ASA Bulletin* 740, 762 (2013); U. Schroeter, *Global Uniform Sales Law -- With a European Twist? CISG Interaction with EU Law*, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 179, at 190-191 (a propósito de las complicaciones que surjan por la interacción entre la CISG y el CESL).

⁷⁰ Ulrich Magnus, *The Roots and Traces of the CISG in the Draft of a Common European Sales Law* in I. Schwenzer & L. Spagnolo (eds), *Boundaries and Intersections* 1, 4 (Eleven, 2014).

⁷¹ Si bien el anteproyecto de los Principios de La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Anteproyecto de La Haya sobre Principios de Derecho Aplicable a los Contratos” “Anteproyecto”) reconoce que si se cumplen las condiciones del artículo 1 de la CISG, ésta resulta aplicable en ausencia de un acuerdo de exclusión bajo el artículo 6 [6.25], por lo que, es comprensible que, para excluir la CISG, no se tengan en cuenta los requisitos de entrada preliminar del art. 6 CISG. No obstante, el Anteproyecto sugiere una solución para un eventual conflicto [6.27] de criterios. En el caso de que A elija el derecho de X (un Estado Contratante), mientras que B opta por el derecho de Y (otro Estado Contratante) pero con la intención de excluir la aplicación de la CISG, este conflicto debería ser resuelto comparando el criterio que adopta la CISG para el supuesto de la llamada “batalla de los formularios” (*battle of the forms*) (ya sea la doctrina del denominado “último disparo” (*last shot*) o “fuera de juego” (*knock-out*)) con el derecho de Y (excluyendo la CISG). En el caso de que el derecho de Y opere bajo la regla de “fuera de juego”, entonces, ambas cláusulas de elección del derecho aplicable quedan sin efecto, se considera que las partes no han escogido derecho alguno y, por lo tanto, se aplicaría la CISG. Anteproyecto de La Haya sobre Principios de Derecho Aplicable a los Contratos revisado, Prel. Doc. No 6, de julio de 2014 <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49>.

⁷² *Supra* nota 5. Se trataba de un caso donde había distintas elecciones de derecho aplicable (aunque ninguna de ellas excluyendo la CISG), en el que se sostuvo que no se había celebrado contrato alguno, determinación erróneamente fundada la doctrina de la regla “fuera de juego” del derecho nacional aplicable, en lugar de aplicarse los principios de la CISG sobre

aconsejable considerar la exclusión común de la CISG independiente de la selección expresa del derecho aplicable relacionado con la CISG. En ausencia de una elección expresa del derecho aplicable y de cualquier otra elección, las partes podrían preferir la aplicación de la CISG antes que depender de la incertidumbre del derecho que resulte aplicable según las normas de conflicto dispositivas. Es poco probable que en este caso pueda considerarse que haya sido clara la intención de las partes de excluir la CISG.

5. Durante los procedimientos judiciales no cabe inferir la intención de excluir la CISG por el hecho de que una o ambas partes se abstengan de alegar o presentar argumentos basados en la CISG. Ello se aplica independientemente del hecho que una o ambas partes sea conscientes de la aplicabilidad de la CISG.

5.1 Las decisiones de los tribunales relativas a la pretendida exclusión de la CISG durante el desarrollo de procedimientos judiciales cuando las partes se abstienen de invocar la CISG no presentan un nivel de uniformidad similar a la jurisprudencia relacionada con la exclusión “ex ante” de la CISG. Un número de incongruencias que resultan en una insatisfactoria variedad de resultados en circunstancias similares. No suele encontrarse el criterio interpretativo que rige la exclusión “ex ante” de la CISG durante la etapa precontractual, a pesar de que ambos casos involucran la interpretación del art. 6 CISG. Además, los tribunales han fundamentado sus decisiones en una diversidad amplia e inadecuada de argumentos.

5.2 Existe un número de casos en los cuales las partes no se refieren a la CISG en sus presentaciones o argumentos, o solo lo hacen después de la apelación, a pesar de que el derecho aplicable era la CISG. La aplicabilidad de la CISG ha sido ignorada en procedimientos de primera instancia debido a la falta de las partes de alegarla, resolviéndose el caso en base al derecho nacional.⁷³ En algunas decisiones, la referencia al derecho nacional sin mención a la CISG durante el proceso llevó al tribunal a concluir que la CISG era ‘inaplicable’.⁷⁴ En algunos casos, la no aplicación de la CISG ha sido aceptada en la apelación,⁷⁵ a veces en base a que la manera en que el procedimiento fue tramitado precluye la

formación del contrato: *Hanwha Corporation v. Cedar Petrochemicals, Inc.*, U.S. District Court, Nueva York, 18 de enero de 2011 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110118u1.html>>.

⁷³ See, e.g., Oberlandesgericht [Corte de Apelaciones](OLG) Naumburg, Alemania, 13 de febrero de 2013 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120213g1.html>>; *Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc.*, *supra* nota 35; *Rienzi & Sons, Inc., v. Puglisi*, *supra* nota 35 (basados en el caso *Ho Myung Moolsan* en lo relativo a la aplicación del NY UCC, las partes no alegaron la aplicación de la CISG más allá de hacerlo incidentalmente en un párrafo, el que, sin mencionarlo en la discusión preliminar)

Italian Imported Foods Pty Ltd v. Pucci Srl, New South Wales Supreme Court, Australia, 13 de octubre de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061013a2.html>>; *Gammatex International Srl v. Shanghai Eastern Crocodile Apparels Co. Ltd.*, Shanghai First Intermediate People’s Court, China, 21 de Agosto de 2002 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020821c1.html> (traducción W. Long). See Spagnolo, *supra* nota 3, at 197-199; Y. Xiao & W. Long, *Selected Topics on the Application of the CISG in China*, 20 Pace Int’l L.Rev. 61, at 71 (2008) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/xiao-long.html>> (*‘Application of the CISG in China’*).

⁷⁴ *Amanda Waters, Digest*, ICC Award No. 8453/1995, octubre de 1995, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 2000, 55 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958453i1.html>> (del que se extrae que si “ambas partes acuerdan que el contrato estará sujeto a la legislación francesa, y en donde no haya habido referencia a la CISG”, entonces, ésta será inaplicable”). De forma similar, véase *Shanghai First Intermediate People’s Court, China*, 22 de marzo de 2011 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110322c1.html>> en el cual, los “argumentos de las partes, en primera instancia, se basaron únicamente en la legislación nacional china. En apelación, la Corte concluyó que aquello implicó que “las partes acordaron aplicar la legislación nacional china durante el procedimiento en primera instancia, excluyendo la aplicación de la CISG” (traducción W. Long).

⁷⁵ *Industrias Magromer Cueros y Pieles SA v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada*, Corte Suprema, Chile, 22 de septiembre de 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080922ch.html>> (*sub-nom* Jorge Plaza Oviedo v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada); J. Oviedo-Albán, *Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)*, 14 Int’l Law, Revista Colombiana de Derecho

aplicación de la CISG.⁷⁶ En otros casos la CISG fue aplicada en la segunda instancia,⁷⁷ mientras que en otros casos la causa fue remitida al tribunal inferior para ser resuelta en conformidad con la CISG.⁷⁸ En otros casos, la CISG fue aplicada por el tribunal a pesar de que el abogado no había invocado la CISG o recurrió a ella de una manera inadecuada.⁷⁹ Un tribunal holandés aplicó la CISG debido a que las partes habían escogido el derecho holandés durante el procedimiento.⁸⁰

5.3 En alguno de esos casos los tribunales ignoraron el art. 6 CISG al decidir si aplicar la CISG o el derecho nacional. El principio de derecho nacional *iura novit curia* ha sido invocado para aplicar la CISG, pero en otros casos, la decisión de aplicar el derecho interno con exclusión de la CISG se ha basado en principios de derecho doméstico aplicable a la renuncia de derechos, tema que se examinará más adelante [§6]. Pero la CISG se aplica para determinar si ha sido excluida durante el procedimiento cuando es *prima facie* aplicable según el art. 1 CISG, como así también durante la celebración y el cumplimiento del contrato.

5.4 Un criterio de interpretación considera que la *lex fori* controla qué derecho debe aplicarse en aquellos casos en que las partes no han presentado argumentos en cuanto al derecho aplicable. El

Internacional 191, at 203, nota 22 & 214 (2009) en 194, 195, 198, 199 & nota 7. LA CISG fue únicamente alegada en la Corte de Apelaciones y en la Corte Suprema: Oviedo-Albán, *id.*, at 194 & 195 (declarando que la decisión fue errónea).

⁷⁶ *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.*, 894 P. 2d 470 (Or. Ct App., 1995), 12 de abril de 1995; *aff'd* 914 P. 2d 682 (Or, 1996), Oregon Court of Appeals, U.S.A. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>>; (El requisito de la legislación nacional en cuanto a que sea "por escrito" era desplazado por las disposiciones de la CISG, pero el abogado demandante no lo alegó sino hasta muy avanzado el juicio, por lo que, finalmente, se resolvió en base a las disposiciones del UCC). *Asimismo*, véase, W. S. Dodge, *Teaching the CISG in Contracts*, 50 *Journal of Legal Education* 72, at 74 (2000); H. M. Flechtner, *Otros casos sobre la materia ante cortes estadounidenses: Pitfalls for the Practitioner and Potential for Regionalized Interpretations*, 15 *J. L. & Com.* 127, at 131 (1995); Ferrari, *International Legal Forum*, *supra* nota 16, en 220, n. 742.

⁷⁷ Corte de Apelaciones (OLG) Naumberg, 13 de febrero de 2013, *supra* nota 73; Oberlandesgericht [Appellate Court](OLG) Linz, Austria, 25 de julio de 2008, GZ 3 R 46/08t-49 (aplicando la CISG aun cuando tribunales de instancias inferiores y las mismas partes omitieron la aplicación de la misma, en Landesgericht [District Court](LG) Steyr, Austria, GZ 4 Cg 146/05m-45, 29 January 2008. En primera instancia, ambas partes y el tribunal se remitieron únicamente a la legislación nacional, incluyendo el artículo 922 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811 [Código Civil General austríaco](ABGB). Posteriormente, y a propósito de un recurso de apelación ante la Corte Suprema, fue sostenida la exclusión de la CISG partir de la elección original de legislación, y de la conducta de las partes en primera instancia, concluyendo en la constatación de incumplimiento): véase Oberster Gerichtshof [Corte Suprema], Austria, 2 de abril de 2009, *supra* nota 27, *Asimismo*, véase Petra Peer, *Abstract* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>.

⁷⁸ Regional Court, Nitra, Eslovaquia, 15 de octubre de 2008 <<http://www.cisg.sk/en/15cob-140-2008.html>>; Corte Suprema, Eslovaquia, 26 October 2006, <<http://www.cisg.sk/en/3obo-247-2005.html>>; Corte Suprema, Eslovaquia, 28 de febrero de 2001 <<http://www.cisg.sk/en/2cdo-114-2000.html>>. Sin embargo, un tribunal eslovaco interpretó que la remisión como elección de legislación, concluyendo la aplicación del derecho nacional: Regional Court, Bratislava, Slovak Republic, 10 October 2007 <<http://www.cisg.sk/en/3cob-102-2007.html>> (interpretando el hecho de no alegar o argumentar la aplicación de la CISG como una exclusión de la misma, y por tanto, se sostiene que hubo elección tácita de la legislación nacional eslovaca, conforme a §9(1) of act no. 97/1963 Coll., en *International Private and Procedural Law*, modificado)(traducción de J. Kotrusz).

⁷⁹ Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>; Corte de Apelaciones (OLG) Hamm, 9 de junio de 1995, *supra* nota 43, §§ I & II; Landgericht [District Court](LG) Landshut, Germany, 5 de abril de 1995, *supra* nota 32. *See also*, M. Torsello, *Italy*, in F. Ferrari (Ed.), *The CISG and Its Impact on National Legal Systems* 187, at 191–195, notas 20 & 22 & 209 (2008); Oviedo-Albán, *supra* nota 75, en 204; Ferrari, *Digest & Beyond*, *supra* nota 11 at 114 at 131 (2004). *Asimismo*, véase Landgericht [District Court] Saarbrücken (LG), Alemania, 1 de junio de 2004, CLOUT Case No 590 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040601g1.html>> at [I] (la aplicación de la CISG no es contraria al hecho de que las partes alegaran en base a disposiciones de sus respectivas legislaciones nacionales, ya que esa acción, en sí misma, no conduce a una exclusión implícita de la CISG). *Afirmando una falta de casos sobre la aplicabilidad de la CISG a partir de la conducta de las partes durante el juicio*, véase *Rienzi & Sons, Inc., v. Puglisi*, *supra* nota 35 (a propósito del rechazo de petición de procedimiento sumario, hubo "muy poca jurisprudencia que interpretara la CISG" y ningún "caso-control que considerara la aplicación de la CISG en base a acciones post-contractuales, particularmente, la actuación de las partes durante el curso del proceso").

⁸⁰ Véase *Eyroflam SA v. PCC Rotterdam BV, Rechtbank* [District Court](Rb) Rotterdam, Países Bajos, 15 de octubre de 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>> (sosteniendo que la elección de la ley holandesa durante el procedimiento llevó a la aplicabilidad de la CISG). En la especie, el vendedor alegó que la CISG aplicaba y el comprador dejó abierta la cuestión: *id.*, para. 7.2.

principio de derecho procesal interno *iura novit curia* (el tribunal conoce el derecho)⁸¹ define los roles del tribunal y las partes al determinar el derecho sustantivo aplicable y el contenido de dicho derecho.⁸² Se ha dicho que un tribunal está obligado a aplicar el derecho aplicable sin importar si las partes lo han invocado en un foro que sigue dicho principio.⁸³

5.5 Estados Parte: En Estados que han ratificado o se han adherido a la CISG sus tribunales deben aplicarla a aquellos contratos a los cuales la CISG se aplica *ipso jure* porque pertenece al derecho internacional, o como parte del derecho internacional incorporado al derecho interno. Los tribunales en los Estados Parte están obligados a aplicar la CISG siempre que sea aplicable según el art. 1 CISG. Este deber no se deriva del principio del foro *iura novit curia*. La conducta del letrado que representa a las partes en el procedimiento no releva unilateralmente al tribunal del deber de aplicar la CISG. En los Estados Parte, la CISG no es un derecho foráneo, sino parte del derecho del foro.⁸⁴ Su aplicabilidad y contenido entonces son siempre cuestiones de derecho, no de hecho, por lo que no son aplicables las normas dispositivas relativas a la sustitución de derecho interno por el derecho extranjero que no ha podido ser identificado.⁸⁵

5.6 Estados no Parte: Los tribunales de Estados no Parte no tienen obligación de aplicar la CISG, por lo que el derecho procesal del foro sigue siendo determinante para dichos tribunales, como lo es el principio *iura novit curia*. Si las normas de conflicto del tribunal apuntan al derecho de un Estado Parte, la aplicación de la CISG constituye la aplicación de un derecho extranjero.⁸⁶ Por lo tanto, el grado en el cual un tribunal se considere obligado o autorizado para aplicar la CISG estará influenciado por sus

⁸¹ Ferrari *International Legal Forum*, at 220, *supra* nota 16 (1998); Peter Huber, *Scope of Application*, in Peter Huber & Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* 41, 65 (Sellier 2007); J. Oviedo-Albán, *supra* nota 75 at 203, nota 22 & 214 (2009) (negar la aplicación de la CISG a menos que las partes lo hagan presente o por aplicación del *[i]ura novit curia*, se critica el caso chileno *Industrias Magromer*, *infra* nota 75, en el que la no aplicación de la CISG se sostuvo sobre la base de que el tribunal no consideró la ley procesal del foro sujeta, a su vez, sujeta al *iura novit curia*); M. Reimann, *The CISG in the United States: Why It Has Been Neglected and Why Europeans Should Care*, 71 *RechtsZ* 115, en nota 48 & accompanying text (2007); Bridge, *supra* nota 10, at 917; M. Torsello, *Italia*, in F. Ferrari (Ed.), *The CISG and Its Impact on National Legal Systems* 187, at 191–192 & nota 20 (2008); F. Ferrari, *Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG*, 25 *J. L. & Com.* 13, at 30–31 (2005); P. Schlechtriem & P. Perales Viscasillas, *Case note on decision of Court of First Instance of Tudela (España) 29 de marzo de 2005*, en nota 10 (2005) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales4.html>> ('no se sabe si los abogados litigantes aludieron a las disposiciones de aplicación de la CISG, pero ello resulta irrelevante considerando que se aplicó el principio *iura novit curia*'); A. Pribetic, *An "Unconventional Truth": Conflict of Laws Issues Arising under the CISG*, at 27, presentado en el *Continuing Legal Education Program, Toronto, 10 de marzo de 2009*, at 27; F. Mazzotta, *The International Character of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Italian Case Example*, 15 *Pace Int'l L. Rev.* 437, at 443 (2003); F. Ferrari, *Applying the CISG in a Truly Uniform Manner: Tribunale di Vigevano (Italia), 12 de julio de 2000*, 1 *Uniform L. Rev.* 203, at 211 (2001); *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods* (2008) Art. 6 para. [10] <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/08-51939_Ebook>. La versión del año 2012 omite estos comentarios: *UNCITRAL Digest of Case Law on the [CISG]* (2012), *supra* nota 27, Art. 6 [14].

⁸² T. Isele, *The Principle of Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration*, 13(1) *Int'l Arbitration L. Rev.* 14, at 14 (2010); M. S. Kurkela, '*Jura Novit Curia*' and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective, 21(3) *ASA Bulletin* 486, en 490 (2003); S. L. Sass, *Foreign Law in Civil Litigation – A Comparative Survey*, 16 *Am. J. Comp. L.* 332, at 332 (1968).

⁸³ *Asimismo, véase*, Sass, S. L. Sass, *Foreign Law in Civil Litigation – A Comparative Survey*, 16 *Am. J. Comp. L.* 332, en 334-5 (1968).

⁸⁴ Bridge, *supra* nota 10, en 916; Schwenzer & Hachem, *supra* nota 3, Introduction to Arts 1-6, at 19 para. 3; Spagnolo, *supra* nota 9, 195-196; L. Sevón, *Method of Unification of Law for the International Sale of Goods*, in K. Buure-Häggelund (Ed.), *The Finnish National Reports to the Twelfth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 11 at 14 (1986); *Georgia Pacific Resins, Inc. v. Grupo Bajaplay, S.A. de C.V., Baja California*, Fourth Panel of the Fifteenth Circuit Court [Federal Court of Appeals], México, 9 August 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070809m1.html>>.

⁸⁵ Spagnolo, *supra* nota 9, at 195-96.

⁸⁶ Nótese que, en tales circunstancias, se clasificó a la CISG como derecho extranjero: I. Schwenzer & P. Hachem, in I. Schwenzer (Ed.), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Art. 1, at 40 para. 31(2010) ('Schwenzer 3rd edn'); Spagnolo, *supra* nota 9, at 198-99.

normas procesales, que pueden calificar al derecho extranjero como una cuestión de hecho o de derecho.⁸⁷

5.7 Tribunales arbitrales: La CISG no impone obligación alguna a los tribunales arbitrales para aplicarla,⁸⁸ por lo que en principio no surge ningún deber de aplicar la CISG *ex officio* cuando las partes han guardado silencio en la materia. Los roles del tribunal y de las partes en relación con la identificación y aplicación del derecho sustantivo se deriva del derecho procesal del arbitraje, incluyendo reglas imperativas del debido proceso,⁸⁹ el acuerdo de arbitraje y toda otra norma de arbitraje acordada por las partes.⁹⁰ Algunas normas de arbitraje contemplan el principio *iura novit curia*,⁹¹ y facultan a los árbitros a indagar más allá de las alegaciones de las partes (a menos que las partes hayan acordado lo contrario), pero no obligan al tribunal a hacerlo.⁹²

5.8 Apelaciones: Los tribunales de apelaciones presentan consideraciones adicionales debido a la diversidad de causales de apelación y las opciones que enfrenta un tribunal de apelaciones cuando el tribunal inferior ha aplicado el derecho de manera incorrecta.⁹³ Así, las interpretaciones han sido muy variadas en aquellos casos que fueron recurridos y en los que la CISG no había sido alegada en primera instancia. Algunos tribunales de apelación decidieron remitir la causa al tribunal inferior para que dicte una nueva sentencia conforme al derecho correcto.⁹⁴ En otros casos, los tribunales de apelación se

⁸⁷ Los tribunales ingleses no pueden aplicar ley extranjera: S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis* 114 (2004); M. Cappelletti & B. G. Garth, *Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, in M. Cappelletti (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Ch. 1, Vol. XVI, *Civil Procedure*, at 29, notas 176- 177, §1-26 (1987). En los Estados Unidos, el derecho extranjero hoy es considerado derecho, y por su parte, los tribunales federales y ciertos tribunales estatales están facultados (mas no obligados) a tenerlo presente en lo que resulte pertinente: *Rule 44.1 Federal Rules of Civil Procedure*, U.S.A. See *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 60 Misc. 2d 840, 304 N.Y.S. 2d 335, Supreme Court, New York, Estados Unidos de América, 18 de agosto de 1969 (courts can take judicial notice of foreign law, but are not obliged to raise it *sua sponte*, unlike domestic law) <http://www.leagle.com/decision/196990060Misc2d840_1654>. Al contrario, el deber de aplicar el derecho extranjero *ex officio*, cuando sea necesario, es obligatorio en algunas jurisdicciones: véase, e.g., F. Galgano, *The New Lex Mercatoria*, 2 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 99, at 105 & nota 11 (1995) (los jueces italianos deben determinar y aplicar el derecho extranjero *ex officio*); S. L. Sass, *Foreign Law in Civil Litigation – A Comparative Survey*, 16 Am. J. Comp. L. 332, en 357 & nota 85 (1968) (Italy); B. Bastuck & B. Gopfert, *Admission & Presentation of Evidence in Germany*, 16 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J. 609, at 622-623 (1994) (Alemania); G. Dannemann, *Establishing Foreign Law in a German Court, Joint Workshops on Comparative Litigation Practice*, presented at British Institute of Int'l & Comparative Law & British-German Jurists Association, 30 de junio de 1994, en el texto de las notas 4-7.

⁸⁸ CISG Advisory Council Opinion No 15: Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Rapporteur Prof. Dr. Ulrich G. Schroeter, Commentary [3.19].

⁸⁹ G. Born, *International Commercial Arbitration* 1528 *et seq.* (2014, Kluwer); J. Lew, L. Mistelis & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* 524 para. 21-17 (2003). Generally, véase G. Cordero Moss, *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law made by the Parties?*, 1 *Stockholm Int'l Arbitration Rev.* 1, en 4 (2005).

⁹⁰ R. Goode, *Litigation or Arbitration? The Influence of the Dispute Resolution Procedure on Substantive Rights*, 19 *Pace Int'l L. Rev.* 53, en 56 (2007); Lew *et al*, *supra* nota 89, at 427, para. 17-51; Schwenzler & Hachem, *supra* nota 3, Introduction to Arts 1-6, en 23 para. 13; G. Kaufmann-Kohler, *Globalization of Arbitral Procedure*, 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1313, *passim* (2003).

⁹¹ Por ejemplo, dicho artículo le entrega al tribunal la potestad de determinar y aplicar la ley *sua sponte*, siempre y cuando las partes no lo hayan declarado improcedente. Véase e.g., London Court of International Arbitration Rules 1998 (LCIA Rules) Rule 22(1). *Asimismo*, véase, con menos énfasis, Art. 21(1) ICC Rules of Arbitration (effective 1 Jan. 2012) ('ICC Rules'). De la misma forma, la U.K. Arbitration Act s. 34(1) & (2)(g) aborda específicamente estas cuestiones procesales: U.K. Arbitration Act 1996 s. 34(1) & (2)(g) establecen que, a menos que las partes acuerden otra cosa, el tribunal arbitral podrá decidir 'si el tribunal debería tomar la iniciativa, y en qué extensión, sobre la determinación de los hechos y la legislación'. *Asimismo*, véase, M. S. Kurkela, *'Jura Novit Curia' and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective*, 21(3) *ASA Bulletin* 486, en 493 (2003).

⁹² *Supra* nota 91. En efecto, ciertas normas requieren que los tribunales tengan presente los términos del contrato y su uso en una situación "normal", lo que implica incluir aquellos casos en que las partes no han dispuesto dichos términos: Art. 21(2) ICC Rules; Art. 35(3) UNCITRAL Arbitration Rules 2010.

⁹³ Como contrapunto, véase Spagnolo, *supra* nota 9, en 203-204.

⁹⁴ Véase, e.g., Regional Court, Nitra, Eslovaquia, 15 de octubre de 2008 <<http://www.cisg.sk/en/15cob-140-2008.html>>; Supreme Court, Eslovaquia, 26 de octubre de 2006 <<http://www.cisg.sk/en/3obo-247-2005.html>>; Supreme Court, Eslovaquia, 28 de febrero de 2001 <<http://www.cisg.sk/en/2cdo-114-2000.html>>.

negaron a aplicar la CISG en base a las normas que restringen la jurisdicción apelada del tribunal a materias discutidas en primera instancia.⁹⁵ Cuando las causales de apelación quedan sujetas a la discreción judicial,⁹⁶ la cuestión a determinar es si las nuevas alegaciones serían ‘fútiles’. Autorizar a las partes a discutir la eventual aplicación de la CISG podría habilitar al tribunal en esas circunstancias a determinar la medida de la potencial futilidad.⁹⁷ Se ha sugerido que en aquellos casos en los que las reglas del procedimiento de apelación otorgan discreción judicial en cuanto a nuevas causales, el deber de los tribunales de los Estados Parte es al ejercitar dicha discreción tener en cuenta la eventual aplicación de la CISG. En otras circunstancias, los tribunales de apelación, en la medida que sus normas de procedimiento lo permitan, pueden remitir la causa al tribunal inferior para que determine correctamente el derecho aplicable.⁹⁸ Una manera de prevenir el dictado de una sentencia ‘sorpresiva’⁹⁹, en la medida en que las reglas de procedimiento le otorguen esta facultad, consiste en que el tribunal suspenda el procedimiento a fin de permitir la presentación de argumentos basados en la CISG.

5.9 El principio procesal *iura novit curia* ha sido explícitamente citado para justificar la aplicación de la CISG en casos que el abogado se ha abstenido de alegar su aplicación.¹⁰⁰ Otros tribunales han interpretado dicha abstención como una ‘renuncia’, sin aplicar el art. 6 CISG. Dentro de una misma jurisdicción se encuentran decisiones contradictorias sobre este punto.¹⁰¹

5.10 Por otra parte, los estándares aplicados para decidir bajo el art. 6 CISG si la conducta de las partes durante el proceso constituye una exclusión de la CISG han sido muy variados, por lo que los resultados obtenidos también han sido inconsistentes.¹⁰² Un buen número de fallos ha sostenido que la falta de mención de la CISG durante el proceso no es suficiente para considerar que las partes han querido excluir su aplicación.¹⁰³ En otros casos la misma conducta ha sido interpretada como una demostración

⁹⁵ Véase *eg.*, *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.*, *supra* nota 76, en el cual la Corte de Apelaciones se negó a considerar pretensiones sustentadas en la CISG. El litigante no fue autorizado para alterar dichas pretensiones, decidiéndose que dicha parte había renunciado a la CISG, por no haberse alegado ésta sino ya avanzado el juicio: Leeson J (criticando, en nota 8); H. M. Flechtner, *otros casos CISG en los tribunales de Estados Unidos: Pitfalls for the Practitioner and Potential for Regionalized Interpretations*, 15 J. L. & Com. 127, en 129 & nota 11 (1995). Asimismo, en concordancia con las normas de procedimiento que regulan la apelación y las pretensiones, durante la etapa de apelación se rechazó la posibilidad de modificar dichas pretensiones con el propósito de alegar la aplicación de la CISG. *Italian Imported Foods Pty Ltd v. Pucci Srl*, New South Wales Supreme Court, Australia, 13 de octubre *supra* nota 73; véase Spagnolo, *supra* nota 3, en 197-199.

⁹⁶ *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.*, *supra* nota 76; *Italian Imported Foods Pty Ltd v. Pucci Srl*, New South Wales Supreme Court, Australia, 13 de octubre 2006, *supra* nota 73; *Summit Chemicals Pty Ltd v. Vetrotex Espana SA*, Court of Appeal, Western Australia, 27 de mayo de 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040527a2.html>>.

⁹⁷ Para mayor análisis, véase Spagnolo, *supra* nota 3, en 193-199.

⁹⁸ Para el caso contrario, véase *Vrhovno sodišče v Celju* [Celje High Court], Eslovenia, 8 de junio de 2011, *supra* nota 48. En aquel caso, la decisión fue remitida al tribunal de primera instancia, el que había aplicado la CISG en virtud del artículo 1(1)(a) CISG. La cláusula de selección del derecho aplicable rezaba “*el Código civil y su correspondiente regulación adyacente*”, pero el tribunal decidió que conforme al art. 6 CISG dicha elección no implica necesariamente una eventual exclusión de la CISG de acuerdo al artículo 6. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110608sv.html>>

⁹⁹ Asimismo, véase, analizando el § 182a ZPO austríaco, *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema], Austria, 2 de abril de 2009, *supra* nota 27 (análisis en *supra* nota 77).

¹⁰⁰ Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>> para 5 (“así, de acuerdo al principio *iura novit curia*, dependerá del juez determinar qué normas italianas deberían ser aplicadas”); Tribunale Civile di Cuneo, Italia, 31 de enero de 1996 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.html>> (“aunque las partes no se refirieran a la CISG, sus disposiciones deberán ser aplicadas por esta Corte, en base al principio *iura novit curia*”); *Georgia Pacific Resins, Inc. v. Grupo Bajaplay, S.A. de C.V., Baja California*, *supra* nota 84 (en donde el tribunal consideró irrelevante el hecho de que las partes hayan hecho mención a la CISG, debido a los principios normativos ‘da mihi factur, dabo tibi ius’ y ‘*iura novit curia*’); Tribunale di Padova, Italia, 25 de febrero de 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>> (“en virtud del principio *iura novit curia*, dependerá del juez determinar las normas italianas aplicables”).

¹⁰¹ Por ejemplo, compárese Tribunale Regional, Bratislava, Eslovaquia, 10 de octubre de 2007 <<http://www.cisg.sk/en/3cob-102-2007.html>>; Tribunale Regional, Nitra, Eslovaquia, 15 de octubre de 2008, *supra* nota 94; Corte Suprema, Eslovaquia, 26 de octubre de 2006, *supra* nota 94 (traducción de J. Kotrusz).

¹⁰² *Contra* Schroeter, *supra* nota 18, en 9-10 (concluyendo que la mayoría de los tribunales son “escépticos” en relación a si las actuaciones procesales son suficientes para demostrar claramente un intento de excluir la CISG).

¹⁰³ Tribunale Civile di Cuneo, Italia, 31 de enero de 1996, *supra* nota 100; Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000, *supra* nota 100, paras 5 & 6; C. Sant’Elia, *Editorial Remarks* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>; Tribunale di

de la voluntad de excluir la CISG. En un caso chileno,¹⁰⁴ por ejemplo, en el que la CISG no fue invocada sino durante la instancia de apelación, el tribunal interpretó que dicha omisión comportó una exclusión tácita según el art. 6 CISG.¹⁰⁵ Tribunales españoles también han considerado que la CISG fue excluida tácitamente bajo el art. 6 CISG cuando las partes se abstienen de alegarla hasta la etapa de apelación.¹⁰⁶ En China, Serbia y Francia, los tribunales aplicaron el derecho nacional porque al no haber las partes invocado la CISG se ha considerado que han querido tácitamente excluirla conforme al art. 6 CISG.¹⁰⁷ Esta falta de invocación de la CISG también se ha considerado por los tribunales de Austria y Holanda como un factor relevante para determinar si las partes han querido excluir la CISG.¹⁰⁸ Dos

Forli, Italia, 16 de febrero de 2009, §4.3.3 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>>; Corte de Apelaciones (OLG) Stuttgart, Alemania, 31 de marzo de 2008, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**; Corte de Apelaciones (OLG) Hamm, 9 de junio de 1995, *supra* nota 43; Tribunal de Distrito (LG) Landshut, 5 de abril de 1995, *supra* nota 32, §II.1.a (el hecho que ambas partes hayan basado su caso en el BGB “no cambia nada”); Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24; Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004, *supra* nota 100; *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones](OLG) Zweibrücken, Alemania, 2 de febrero de 2004, §3 (“no basta con que las partes no hayan estado concientes de la aplicación de la CISG y por lo tanto de la citada disposición normativa alemana”) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>>; *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones](OLG) Rostock, Alemania, 10 de octubre de 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011010g1.html>>; *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones](OLG) Dresden, Alemania, 27 de diciembre de 1999 §A.II.1.b <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991227g1.html>> (nótese que en aplicación del artículo 6 CISG, en ausencia de una exclusión concluyente de la CISG, y declarando que “el hecho de que las partes, en primera instancia, basaron sus pretensiones en la legislación alemana no lleva a concluir un resultado diverso”); *Landgericht* [Tribunal de Distrito](LG) Bamberg, Alemania, 23 de octubre de 2006 §II.1 (la aplicación de la CISG “no obsta al hecho de que las partes hayan alegado en sus memorandum solo referencias a las disposiciones de la ley nacional alemana, debido a que tal práctica no conlleva una renuncia implícita a la CISG, en virtud del artículo 6 CISG”); Tribunal de Distrito (LG) Saarbrücken, Alemania, 2 de julio de 2002, caso CLOUT No. 378 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020702g1.html>>. Asimismo, véase, ICC Award No. 7565/1994, *supra* nota 27; UNCITRAL Digest, *supra* nota 27, Art. 6, para. [14]. véase Bundesgerichtshof [Corte Suprema Federal], Alemania, 23 de julio de 1997, *supra* nota 27, at 3310 (el tribunal lo consideró relevante “en cuanto el demandado, explícitamente, ha adherido a la aplicación de la CISG durante el juicio oral correspondiente a la segunda instancia del proceso”) (traducción de Schlechtriem/Todd, *supra* nota 27; Oberster Gerichtshof [Corte Suprema], Austria, 2 de abril de 2009, *supra* nota 27 (la exclusión de la CISG se sostuvo en base a la elección original de legislación, sin perjuicio que el tribunal igualmente consideró las actuaciones procesales que tuvieron lugar en primera instancia, así como la infracción de § 182a ZPO by OLG al dictar una inusual sentencia basada en la CISG, cuestión omitida en primera instancia tanto por las partes como por el tribunal).

¹⁰⁴ Industrias Magromer Cueros y Pielés SA v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada, *supra* nota 75.

¹⁰⁵ Industrias Magromer Cueros y Pielés SA v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada, *supra* nota 75; Oviedo-Albán, *supra* nota 75, at 194, 195, 198, 199 & nota 7.

¹⁰⁶ Tribunal Supremo, España, 24 de febrero de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060224s4.html>>, Pilar Perales Viscasillas, *Abstract* (la aplicabilidad de la CISG no surgió hasta el tercer nivel de apelación, decidiendo el tribunal que las partes habían tácitamente consentido la aplicación del derecho nacional con exclusión de la CISG apoyándose en el art. 1 CISG); *BSC Footwear Supplies Ltd v. Brumby St.*, Audiencia Provincial de Alicante, España, 16 de noviembre del 2000 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116s4.html>> (decidiendo que la CISG había sido tácitamente excluida por tres razones, incluyendo el no haber sido alegada su aplicación hasta la etapa final); asimismo, véase, Perales Viscasillas, *Abstract*, *supra* nota 34.

¹⁰⁷ Gammatex International Srl v. Shanghai Eastern Crocodile Apparels Co. Ltd., *supra* nota 73; Xiao & Long, *Application of the CISG in China*, *supra* nota 73, en 71 (el tribunal ignoró la aplicabilidad de la CISG a pesar de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 1(1)(a) CISG y de no haber podido sostener que hubo voluntad de excluir la aplicación de la CISG (traducción de W. Long); High Commercial Court, Serbia, 9 de julio de 2004 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040709sb.html>> (el tribunal aplicó el derecho interno de los contratos en un caso en donde no hubo elección del derecho aplicable por las partes, pero, perteneciendo ambas partes a Estados Contratantes, el tribunal aplicó el derecho nacional interno de las obligaciones y contratos en base a factores de conexión contractuales que derivaron a dicha legislación, como así también porque las partes alegaron dicho derecho durante la primera instancia); CIETAC Arbitral Award No CISG/2006/17 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060500c3.html>> (el tribunal decidió que la CISG regulaba el contrato, pero aplicó el derecho chino debido a que las peticiones de las partes se basaron exclusivamente en el derecho doméstico de los contratos de dicho país); ICC Award No. 8453/1995, *supra* nota 74.

¹⁰⁸ *Hof's-Hertogenbosch* [Corte de Apelaciones], Países Bajos, 13 de noviembre de 2007, *supra* nota 27 (la decisión se basó parcialmente en la cláusula de elección de ley, así como en las disposiciones de la CISG, la cual no surgió sino hasta la contestación (o réplica). En su lugar, y hasta ese momento, sólo hubo alegaciones en base al Código Civil holandés)(traducción de S. Krusinga); Corte de Apelaciones, Aargau, Suiza, 3 de marzo de 2009, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.** (*inter alia*, el hecho que las alegaciones de una de las partes, sin objeción de la contraparte, se haya basado en la legislación de una unidad territorial de Suiza fue considerado como relevante, aunque finalmente se desestimó la aplicación del derecho interno) (traducción de Landolt, *supra* nota 3 & A. Raab).

sentencias del Tribunal de Casación francés aplicaron en un principio el derecho interno al considerar que la omisión de las partes de invocarla constituye su exclusión tácita. Este criterio fue posteriormente limitado por el Tribunal de Casación a situaciones donde las partes omitieron tanto alegar como argumentar la CISG al presentar la demanda.¹⁰⁹ Aun cuando cada caso debe analizarse a la luz de sus hechos, tales diferencias en la interpretación del art. 6 CISG perjudican la uniformidad de criterio en su aplicación y deberían ser resueltas a favor de una interpretación más consistente.

5.11 Los casos que aplican el art. 6 CISG en relación con la conducta de las partes en el proceso suelen exigir un estándar de prueba más bajo para expresar la intención de excluir la CISG que el estándar de prueba que se suele exigir al momento de conclusión del contrato.¹¹⁰ En algunos casos los tribunales deciden en favor de la exclusión de la CISG rápidamente y sin mayores consideraciones. No es satisfactorio emplear estándares de prueba diversos al interpretar el art. 6 CISG. Como se dijo antes, la mejor interpretación es que el estándar de prueba que se aplica para determinar si las partes han tenido la intención de excluir la CISG fuese el mismo en todas las etapas, aunque dicha intención pueda manifestarse de manera distinta dependiendo si la exclusión es *ex ante* o *ex post*. Dado el alto grado de consistencia de la jurisprudencia en cuanto al alto nivel de claridad requerido para excluir la CISG durante la etapa contractual, éste debería ser el grado de intención apropiado para un estándar único. Por tanto, también en la etapa post contractual se debe exigir un grado alto para determinar la intención de excluir la CISG, debiendo comprarse un acuerdo claro de las partes destinado a modificar el contrato excluyendo la aplicación de la CISG.

5.12 Se obtendrían resultados más coherentes y uniformes si pudieran alinearse las interpretaciones del art. 6 CISG para el caso de una exclusión *ex ante* y *ex post* de la CISG, promoviendo de esta forma la uniformidad que prescribe el Art. 7(1) CISG.¹¹¹ Además, la aplicación de un estándar exigente para determinar la intención de excluir la CISG, como el que es actualmente aplicado por los tribunales para determinar dicha intención al momento de celebrarse el contrato promueve el objetivo de la CISG de reducir barreras del comercio. Así como el principio general de la autonomía de la voluntad inspira a la CISG, y el art. 6 CISG permiten excluir la CISG durante el transcurso de un procedimiento judicial, las divergencias interpretativas señaladas anteriormente demuestran la necesidad de adoptar una interpretación equilibrada y consistente en cuanto cómo debe ejercerse legítimamente dicha autonomía. Resulta sumamente anómalo aplicar un estándar de prueba *ex post* para excluir la CISG que sea más

¹⁰⁹ Société Muller Ecole et Bureau v. Société Federal Trait, Cour de Cassation, Francia, 26 de junio de 2001 <<http://www.cisg-france.org/decisions/2606012v.htm>> & <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010626f1.html>> (declarando que, mientras los jueces franceses deben aplicar la CISG en cuanto derecho sustantivo francés que regula las ventas internacionales, las partes excluyeron la CISG de manera tácita en base al artículo 6 CISG al haber “omitido invocar la CISG ante el tribunal francés”); Cour de Cassation, Francia, 25 de octubre de 2005, CISG-online Case No 1098 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051025f1.html>> (“al invocar y examinar el [Código Civil francés] sin hacer reserva alguna, todas las partes voluntariamente optaron que la disputa fuera resuelta por el derecho nacional francés” en base al art. 6 CISG). Al parecer según la doctrina judicial del Tribunal de Casación francés, la ausencia de referencia a la CISG durante los alegatos orales no es concluyente en cuanto a la intención de excluir la CISG, pero sigue siendo relevante para decidir la exclusión de la CISG el hecho de que las partes no la mencionen tanto en sus peticiones escritas como en sus alegaciones orales. Asimismo, véase Société Anthon GmbH & Co. v. SA Tonnellerie Ludonnais, Cour de Cassation, Francia, 3 de noviembre de 2009 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>> (la revocación de la decisión adoptada por el tribunal de instancia en cuanto a que “las partes en disputa reconocen que las disposiciones aplicables son aquellas contenidas en el Código Civil francés” se basó en el hecho de que mientras el vendedor ha alegado la aplicación de ciertas disposiciones de la CISG, “no ha solicitado la aplicación de la misma ante el tribunal”); C. Witz & E. d’Almeida Abstract <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>> (a propósito del abandono del criterio del Tribunal de Casación en su sentencia del 26 de junio de 2001, *id.*, en favor del criterio establecido en una sentencia del 25 de octubre de 2005, *id.*, se concluye que el caso de la Société Anthon, *id.*, la Supreme Court fue acertado al establecer que el tribunal inferior “no puede inferir que las partes hayan querido excluir la aplicación de la CISG”)

¹¹⁰ Contra Schroeter, *supra* nota 18, en 9-10 (declarando que la mayoría de los tribunales son “escépticos”, por lo que requieren de un “estricto” standard probatorio en relación a la voluntad de excluir la CISG durante el proceso).

¹¹¹ La promoción de uniformidad en la interpretación de la CISG es descrita por Schlechtriem como una ‘máxima’: Uniform Sales Law 1986, *supra* nota 11, en 38, §IVA.

bajo que el aplicable *ex ante*.¹¹²No solo se trata de aplicar las mismas normas,¹¹³ sino que en el contexto *ex post* para determinar la intención de excluir la CISG ya existe un contrato de compraventa internacional cuya modificación debe cumplir con los requisitos del art. 29 CISG.¹¹⁴ Al existir un acuerdo entre las partes, la doctrina sugiere que cualquier tipo de modificación del contrato requiera una intención clara bajo el art. 29 CISG.¹¹⁵ Esto sugiere que en lugar de exigir un estándar bajo y poco exigente para probar la intención de excluir la CISG, dicha intención *ex post* debería exhibir una alta certeza probatoria. Dado que la intención de excluir la CISG modificando el contrato durante el transcurso de procedimientos judiciales involucra tanto al art. 6 CISG como al art. 29 CISG, el estándar probatorio para establecer la intención de modificar el contrato *ex post* no debería ser menos exigente que aquél que se exige al celebrarse el contrato. El requerimiento general de probar la intención de modificar el contrato requerido por el art. 29 CISG es acorde con el requisito de una intención clara de excluir la CISG *ex ante* bajo el art. 6 CISG. Combinando la exigencia de ambos estándares de prueba para excluir la CISG antes y durante procedimientos judiciales permitiría realinear los estándares de prueba para excluir la CISG durante todas las etapas del contrato, asegurando de esta forma mayor consistencia y uniformidad en la interpretación de la CISG.

5.13 Esto significa que inferencias de un intento de excluir la aplicación de la CISG en virtud de la conducta de las partes durante un procedimiento judicial no deberían ser efectuadas ligeramente. Los tribunales deben comprobar que las partes han concluido un acuerdo para excluir la CISG, sin simplemente aceptar que una mera iniciación de un procedimiento judicial sin mencionarla CISG en sus alegatos y excepciones pueda juzgarse suficiente para establecer dicha intención. Los arts. 6 y 29 CISG requieren una clara indicación de intención para modificar el contrato por acuerdo de las partes. Conforme al art. 8 CISG, de manera congruente con el art. 7(1) CISG y los objetivos básicos de la CISG, los tribunales deberían ser cuidadosos antes de concluir que ha existido la intención de excluir la CISG sin contar con indicaciones claras de que las partes han celebrado un acuerdo en este sentido.

5.14 Los tribunales deberían ser cuidadosos al establecer inferencias de exclusión de la CISG al apreciar la conducta de las partes en el transcurso del procedimiento. A menos que exista prueba en contrario, los siguientes ejemplos brindan pautas generales para proceder con precaución a la luz de los criterios de interpretación expuestos con anterioridad [§§5.15-22]:

¹¹² Tal como lo señala Schroeter, el requerimiento de una “*voluntad clara*” de aplicar lo dispuesto en el artículo 6 CISG lleva a exigir un standard más estricto en cuanto a a elección implícita del derecho aplicable bajo la mayoría de las legislaciones en materia de derecho internacional privado, conforme a los cuales “si los abogados de ambas partes apoyan sus argumentos en el mismo derecho nacional suele ser equivalente a una elección válida de dicho derecho”: Schroeter, *supra* nota 18, en 10.

¹¹³ Schlechtriem, en Schlechtriem & Schwenzer 2a ed., *supra* nota 2, Art. 6, en 89 & 91 paras 12 & 14.

¹¹⁴ Spagnolo, *supra* nota 9, en 209-10 (‘¿por qué razón si los tribunales muestran un consistente recelo frente a la exclusión *ex ante* de la CISG, suelen aceptar rápidamente la exclusión implícita o explícita de la CISG en aquellos casos en que ya existe un contrato CISG?’).

¹¹⁵ U. Magnus, *Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG*, in C. B. Andersen & U. Schroeter (Eds), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 303 at 324 (2008) (‘Kritzer Festschrift’); Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 476 para. 11; Perales Viscasillas, *supra* nota 34, en 172; Schmidt-Kessel, *supra* nota 3, Art. 8, en 172 para. 53; *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, American Arbitration Association Award, 23 de octubre de 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>> (aff’d 2008 WL 1752530 (S.D.N.Y.); aff’d 330 Fed Appx. 241, U.S. Court of Appeal (2nd Cir.) 26 Mayo 2009) (‘la falta de oposición a un intento unilateral de modificación del contrato no constituye un acuerdo para modificarlo’) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090526u1.html>>; *Solae, LLC v. Hershey Canada, Inc.*, 557 F.Supp.2d 452, U.S. District Court Delaware, 9 Mayo 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080509u1.html>> (‘*Nada en la CISG sugiere que el hecho de no objetar un intento unilateral de alterar materialmente los términos de un acuerdo, que de otro modo sería válido, constituya un 'acuerdo' dentro de los términos del Artículo 29 CISG*’). Björklund, *supra* nota 8, en 384 para. 5 & 383 para. 4 (señalando que la omisión de protesta como forma tácita de aceptación “*no ha sido acogida de forma uniforme*”).

(a) La mera omisión de alegar la CISG por ambas partes y por una de ellas de oponer la CISG no debería entenderse como una expresión suficiente de quedar obligado a una oferta de modificar el contrato conforme al art. 29 CISG, al no constituir una intención clara y manifiesta de excluir la CISG.

(b) Tampoco es suficiente para expresar una intención clara de excluir la CISG el hecho de que ambas partes se abstengan de alegar la CISG cuando una o ambas la han incluido en sus peticiones. Conforme a lo indicado previamente en (a), la mera falta de alegar la CISG en las peticiones no constituye una oferta de modificar el contrato, y el hecho de que la respuesta de la otra parte se abstenga de alegar la CISG no puede ser razonablemente interpretada, conforme al art. 8(2) CISG, como una aceptación de una pretendida oferta para modificar el contrato.

(c) La omisión de alegar la CISG por ambas partes y de oponer la CISG por la otra también debe considerarse insuficiente para manifestar la intención clara de excluir la CISG mediante una modificación del contrato.

(d) La mera omisión por ambas partes de alegar y oponer la CISG también resulta insuficiente para manifestar una intención clara de excluir la CISG mediante la modificación del contrato.¹¹⁶

(e) La falta de conocimiento por las partes acerca de la posible aplicación de la CISG no puede constituir una intención clara de excluir su aplicación, ya que no puede existir un acuerdo respecto a algo que las partes ignoran.

(f) El hecho de que una parte alegue la CISG y posteriormente la retire puede implicar conocimiento de la aplicabilidad de la CISG, pero no puede, sin prueba adicional, constituir una intención suficiente y clara de las partes de excluir la CISG mediante una modificación del contrato.

5.15 La omisión de invocar la CISG al presentar los argumentos solo puede indicar un acuerdo implícito de excluir la CISG en el caso en que se modifique efectivamente un contrato preexistente. En este caso, la conducta de las partes debe satisfacer, además del art. 6 CISG, los requisitos de los arts. 29 y 11-24 CISG.¹¹⁷ Según el art. 14 CISG, las ofertas *ex post* de excluir la CISG deben manifestar la ‘*intención de obligarse*’. Es improbable que la ausencia durante el procedimiento de argumentaciones acerca del derecho aplicable pueda constituir dicha intención. Por el contrario, dejar de mencionar el derecho que se pretende excluir parece indicar que la supuesta oferta de modificar el contrato no sea suficientemente específica como lo exige el art. 14 CISG, tal como suele entenderse conforme a la interpretación mayoritaria acerca de las exclusiones *ex ante de la CISG*.¹¹⁸ De acuerdo con el art. 29 CISG, el silencio o inacción raramente puede interpretarse como asentimiento a una modificación del contrato, y la omisión de objetar una oferta de modificación del contrato solo en ‘*casos muy excepcionales*’¹¹⁹ podría interpretarse como asentimiento a la luz del equilibrio de derechos y obligaciones que exhibe el contrato.¹²⁰ Adicionalmente, como el art. 29 es ‘altamente específico-factual’,¹²¹ el contexto de los procedimientos judiciales debe ser tomado en cuenta. La mera omisión de objetar podría constituir

¹¹⁶ *Contra Société Anthon GmbH & Co. v. SA Tonnellerie Ludonnais*, Tribunal de Casación, Francia, 3 de noviembre de 2009, *supra* nota 109. Véase Corte Suprema, Polonia, 17 de octubre de 2008, M. Zachariasiewicz, *Abstract*, *supra* nota 27 (las partes “en ciertas etapas del procedimiento, opusieron argumentos nuevos de acuerdo a la legislación polaca, por lo que surgió la duda si dicho comportamiento debería considerarse como una elección de la legislación polaca y, consecuentemente, la exclusión de la CISG”. Últimamente, el alto tribunal polaco ha sostenido que el litigante no estaba autorizado para elegir la legislación en nombre de las partes, y que la conducta procedimental de éstas fue simplemente “una expresión de los representantes legales de las partes”, no siendo suficiente para constituir una exclusión de la CISG).

¹¹⁷ *Supra* nota 11.

¹¹⁸ Spagnolo, *supra* nota 9, en 211.

¹¹⁹ *Supra* nota 115.

¹²⁰ Magnus, *supra* nota 115, en 324; Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 476 para. 11. *Contra Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc.*, *supra* nota 35 (concluyendo que la omisión de alegar o argumentar la CISG hasta antes del juicio implica “consentimiento” respecto de la aplicación del NY UCC en lugar de la Convención, teniendo presente las pretensiones del demandante, fundadas únicamente en “legislación estatal”).

¹²¹ Björklund, *supra* nota 8, Art. 29, en 384 para. 7.

consentimiento en el contexto de un procedimiento judicial solo en circunstancias excepcionales. Una contestación que sólo se hace cargo de aquellos argumentos interpuestos por el demandante no puede razonablemente entenderse como la aceptación de una propuesta unilateral de modificar el contrato.

5.16 La posibilidad de inferir durante el proceso una renuncia tácita a la aplicación de la CISG disminuye si las partes han pactado una cláusula de *'modificación no oral'*, a menos que, como lo prescribe el art. 29(2) CISG, la otra parte haya confiado en dicha conducta. Sin embargo, el *'mero hecho que un aparte no haya ejercido sus derechos contra la otra parte no debería...constituir suficiente confianza'* para inferir una renuncia tácita a los efectos del art. 29(2) CISG.¹²² La manera en la cual el demandado responde a la demanda no debería ser considerada como generador confianza suficiente para inferir una renuncia tácita a la aplicación de la CISG.

5.17 Una supuesta oferta para modificar el contrato, para ser efectiva, debe ser entendida como tal por una persona razonable.¹²³ La intención de obligarse debe ser objetivamente comprobada según el art. 8(2) CISG y no debe ser asumida *'impulsivamente'*.¹²⁴ Este criterio de interpretación es consistente con el criterio que debe imperar para determinar durante la etapa de cumplimiento del contrato si la conducta de las partes debe entenderse como una aceptación de la oferta de modificar el contrato.¹²⁵ No basta en principio el mero cumplimiento del contrato,¹²⁶ sino que se requiere un consentimiento claro. Al omitir alegar la CISG durante un procedimiento ante un tribunal, las partes suelen ignorar el "derecho" al que supuestamente renuncian,¹²⁷ por lo que el hecho de no invocar la aplicación de la CISG no equivale a un acuerdo objetivo de modificar el contrato.¹²⁸ Como lo ha establecido un tribunal, *'[cuando la CISG] resulta aplicable por ministerio del mismo tratado, ...[no puede sostenerse] que el silencio de las partes constituye una manifestación implícita de la intención de excluir su aplicación'*.¹²⁹

5.18 Algunos tribunales italianos y alemanes han adoptado esta interpretación, rechazando correctamente el argumento de que la mera omisión de alegar la CISG constituya un acuerdo implícito de excluirla.¹³⁰ Como se indicó en un fallo, el hecho que *'las partes basen sus argumentos exclusivamente en el ... derecho doméstico ... no puede ser considerado como una manifestación implícita de la intención de excluir la aplicación de la [CISG]'*.¹³¹ Otros fallos también han decidido correctamente que no corresponde inferir la intención de excluir la aplicación de la CISG de una interpretación incorrecta de que el derecho interno era aplicable o simplemente del hecho que las partes

¹²² Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 486 para. 37.

¹²³ Art. 8(2) CISG. Los tribunales han rechazado supuestas propuestas para modificar cláusulas standard al reverso de facturas enviadas luego de terminado el contrato: *Solae v. Hershey*, *supra* nota 115; *Chateau des Charmes Wines Ltd v. Sabaté USA Inc.*, 328 F.3d 528, U.S. Court of Appeals (9th Cir.), 5 de mayo de 2003 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=899&step=FullText>>. *See also*, Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 475 & 476 paras 10 & 11; Schmidt-Kessel, *supra* nota 3, Art. 8, en 173-174 para. 58.

¹²⁴ Schwenger & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 113 & 115 paras. 21 & 26.

¹²⁵ Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 476 para. 11 (sugiriendo "un análisis particularmente cuidadoso" de si una aceptación de una oferta de modificación ha tenido lugar"); Schroeter, *id.*, en 480 para. 19, (señalando en l relación a acuerdos para terminar que "los tribunales y los árbitros son cuidadosos al establecer un acuerdo entre las partes").

¹²⁶ El cumplimiento de un contrato no constituye consentimiento: CIETAC Arbitration Award, China, 23 de mayo del 2000 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000523c1.html>> (*'el cumplimiento parcial del contrato no debería ser considerado como una modificación de la cantidad de bienes sobre los que versa el mismo'*); *Chateau des Charmes Wines v. Sabaté*, *supra* nota 123 (el pago de factura contiene una nueva cláusula de elección de foro); *Solae v. Hershey*, *supra* nota 115.

¹²⁷ Schroeter, *supra* nota 10, Art. 29, en 485, nota 119 para. 33; Schmidt-Kessel, *supra* nota 3, Art. 8, en 164 para. 38.

¹²⁸ Spagnolo, *supra* nota 9, en 212-13.

¹²⁹ Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004, *supra* nota 100.

¹³⁰ *Supra* nota 102.

¹³¹ Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000, *supra* nota 100, para. 5 (*'El hecho que las partes basen sus argumentos exclusivamente en la legislación nacional italiana, sin hacer referencias a la CISG, no puede ser considerado como una manifestación implícita de una intención de excluir la aplicación de la CISG'*).

ignoraban que se debería aplicar la CISG.¹³² El hecho que las partes hayan alegado el derecho interno ha sido considerado como un acuerdo para aplicar el derecho interno, pero no para excluir la CISG.¹³³

5.19 Muchos académicos están de acuerdo también que ‘*el mero hecho que las partes aleguen en base solo al derecho interno*’¹³⁴ no es suficiente para indicar una intención clara de excluir la CISG. Este criterio difiere del conocimiento de la aplicabilidad de la CISG en el contexto de una simple cláusula de elección *ex ante*. En relación con exclusiones durante procedimientos judiciales, se ha argumentado fehacientemente que las partes no pueden pretender excluir las normas relevantes a menos que ellas tengan conocimiento de su aplicabilidad.¹³⁵ Solo entonces las partes pueden ‘informadamente’ excluir la aplicación de la CISG mediante un acuerdo¹³⁶ ya que “*afirmaciones basadas en la ignorancia no son acuerdos, porque carecen de la necesaria ‘intención de obligarse’; por tanto, no pueden alterar el contenido del contrato*”.¹³⁷

5.20 Por tanto, contrariamente a lo que se ha decidido en ciertos casos,¹³⁸ según el art. 8 CISG y a la luz de la necesidad de encontrar un acuerdo claro de excluir la aplicación de la CISG, los tribunales deberían ser cautos y cuidadosos de considerar ***explicaciones alternativas fundamentando la omisión de alegar o invocar*** la CISG durante procedimientos judiciales en los cuales dicho tratado constituye el derecho aplicable.¹³⁹ La manera en que los abogados conducen una causa raramente permite suscitar una clara inferencia de excluir la CISG que satisfaga los requisitos de los arts. 6 y 29 CISG. Más que una demostración de un acuerdo tácito entre las partes, la conducta de los abogados puede ser producto de su propia falta de conocimiento, errada interpretación o simple conveniencia. La ignorancia de las

¹³² Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000, *supra* nota 100 (declarando que es de asumir “*que las partes quisieron excluir la aplicación de la CISG solo si es que resulta inequívoco entender que éstas conocían de su eventual aplicabilidad, y aun así, insisten en referirse únicamente a la legislación interna*”); Corte de Apelaciones (OLG) Hamm, 9 de junio de 1995, *supra* nota 43; Tribunal de Distrito (LG) Landshut, 5 de abril de 1995, *supra* nota 32, §II.1.a; Tribunal de Distrito (LG) Bamberg, Alemania, 23 de octubre de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>>. Véase también Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24, en [2.2] (revocado por la Corte Suprema, Austria, 4 de julio de 2007, *supra* nota 24); UNCITRAL Digest, *supra* nota 27, Art. 6 en para. [14].

¹³³ Tribunal de Apelaciones (OLG) Hamm, 9 de junio de 1995, *supra* nota 43. La sentencia de OLG Hamm declaró que la litigación basada exclusivamente en las disposiciones del BGB implican una elección de la legislación alemana, y por tanto, la CISG se aplica; *id.*, I. Asimismo, véase, Tribunal de Distrito Saarbrücken (LG), Alemania, 1 de junio de 2004, *supra* nota 79; Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc., *supra* nota 35 (concluyendo que, por referirse a legislación nacional, las partes consienten en la aplicación del New York UCC en lugar de la CISG); *Rienzi & Sons, Inc., v. Puglisi*, *supra* nota 35.

¹³⁴ Ferrari, *International Legal Forum*, *supra* nota 16, at 220 (argumentando que la mera invocación del derecho interno de la compraventa no puede, “*en sí mismo, llevar a la exclusión de la CISG*”); Schlechtriem, in Schlechtriem & Schwenzler 2nd edn, *supra* nota 2, Art. 6, at 91 para 14.

¹³⁵ Ferrari, *International Legal Forum*, *supra* nota 16, en 220; Corte de Apelaciones (OLG) Rostock, 10 de octubre de 2001, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**; Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio del 2000, *supra* nota 100.

¹³⁶ Schwenzler & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, at 113 para. 21 (declarando que “*la conducta de las partes igualmente requiere indicar, de forma suficiente, la deliberada exclusión de la CISG, que de otro modo sería aplicable*”); Schmidt-Kessel, *supra* nota 3, Art. 8, en 164 para. 38.

¹³⁷ Schlechtriem, in Schlechtriem & Schwenzler 2nd ed., *supra* nota 2, Art. 6, en 91 para. 14.

¹³⁸ ICC Award No. 8453/1995, *supra* nota 74; Shanghai First Intermediate People’s Court, 22 de marzo de 2011, *supra* nota 74; Industrias Magromer Cueros y Pielés SA v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada, *supra* nota 75; BSC Footwear Supplies Ltd v. Brumby St., Audiencia Provincial de Alicante, 16 de noviembre de 2000, *supra* nota 106; Société Muller Ecole et Bureau v. Société Federal Trait, Cour de Cassation, 26 de junio de 2001, *supra* nota 109; Cour de Cassation, 25 de octubre de 2005, *supra* nota 109; Gammatex International Srl v. Shanghai Eastern Crocodile Apparels Co. Ltd., *supra* nota 73; Xiao & Long, *Application of the CISG in China*, *supra* nota 73, en 71 (el tribunal desechó la aplicabilidad de la CISG aun cuando tuvo lugar el supuesto del artículo 1(1)(a) CISG y sin que las partes hayan aparentemente tenido intención de excluirla)(traducción de W. Long). Asimismo, para fallos basados en los principios de derecho interno relacionados con la renuncia, véase *eg.*, GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp., *supra* nota 76; Playcorp Pty Ltd v. Taiyo Kogyo Ltd, Victorian Supreme Court, Australia, 24 de abril de 2003, en [235] & [245] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030424a2.html>>; Attorney-General of Botswana v. Aussie Diamond Products Pty Ltd [2010] WASC 141, Supreme Court of Western Australia, 23 de junio de 2010 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100623a2.html>>.

¹³⁹ Spagnolo, *supra* nota 9, en 214.

partes no debería ser equiparable a su intención de excluir la CISG. La creencia que el derecho interno es aplicable no prueba *per se* la evidencia de un acuerdo destinado a excluir la CISG,¹⁴⁰ como se ha señalado en las decisiones más acertadas sobre este punto.¹⁴¹ Contrariamente a las cláusulas destinadas a excluir la aplicación de la CISG, la sola referencia al derecho interno durante el transcurso de un procedimiento judicial no es *per se* indicativa de un acuerdo destinado a excluir la CISG. Una errada interpretación del abogado o incluso una eventual negativa de alegar el derecho aplicable no debería aceptarse como una modificación del contrato mediante una intención informada de las partes de excluir la CISG.¹⁴² Los jueces y tribunales deberían ser prudentes en aceptar inferencias que una conducta durante el litigio equivalga a una oferta de modificar y una aceptación de tal oferta. Tales inferencias deberían ser aceptadas únicamente cuando constituyan la explicación más plausible de la conducta de los abogados, pero deben rechazarse cuando existan otras razones más plausibles.¹⁴³

5.21 Cabe destacar una consideración pragmática consistente en que la prueba de la intención de las partes durante el transcurso de un procedimiento judicial no es estática, a diferencia de la etapa de celebración del contrato. Siempre es posible obtener prueba fehaciente de la intención de las partes a solicitud del juez o tribunal, cualquiera fuere la etapa del procedimiento, mediante una simple requisitoria dirigida a los abogados.¹⁴⁴ El requisito de la intención clara de excluir la aplicación de la CISG puede darse por satisfecho si, de manera informada durante el procedimiento, los abogados presentan un acuerdo expreso destinado a excluir la aplicación de la CISG.¹⁴⁵

5.22 El requerimiento de una intención clara de excluir la CISG durante los procedimientos judiciales no excluye la posibilidad de que pueda existir una intención implícita de excluirla, pero significa que las normas relevantes de la CISG rara vez se aplicarán correctamente.¹⁴⁶ Este criterio interfiere con la autonomía de las partes. Al contrario, es similar al requisito presente en otros contextos del derecho

¹⁴⁰ Ferrari, *International Legal Forum*, *supra* nota 16, en 220; Schwenzer & Hachem, *supra* nota 3, Art. 6, en 113 para. 21 (señalando que “basar sus argumentos en disposiciones de la legislación nacional es simplemente un error de los abogados de las partes más que evidencia de la intención de excluir”); Schlechtriem, *in* Schlechtriem & Schwenzer 2ª ed., *supra* nota 2, Art. 6, en 90-91 para. 14.

¹⁴¹ Tribunal de Apelaciones (OLG) Stuttgart, 31 de marzo de 2008, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.** (que las partes no fundamenten sus alegaciones en la CISG no implica una exclusión post-contractual, debido a que “no hay mutuo consentimiento; además, ello requiere de una declaración expresa en tal sentido. La aplicación errónea de disposiciones debido a una mala interpretación normativa no satisface dicho requerimiento”); Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004, *supra* nota 100 (las alegaciones referidas solo a la variada legislación doméstica no pueden, por sí mismas, ser suficientes para la exclusión de la CISG, ya que para que haya intención de excluir “debe ser evidente que las partes estaban concientes de su aplicabilidad, y que pese a ello insistan en referirse únicamente a legislación nacional”); Tribunal de Apelaciones (OLG) Rostock, 10 octubre de 2001, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.** (“la simple referencia a disposiciones de la legislación nacional es insuficiente, debido a que tales referencias podrían tener lugar porque las partes creyeron que de todas formas se aplicaría”); Corte de Apelaciones (OLG) Linz, 23 de enero de 2006, *supra* nota 24; Appellate Court (OLG) Hamm, 9 de junio de 1995, *supra* nota 43; Tribunale di Forlì, 16 de febrero de 2009, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en §4.3.3; Tribunal de Distrito (LG) Landshut, 5 April 1995, *supra* nota 32, §11.1.a (argumentar solo en base al BGB ‘no cambia nada’); Tribunal de Distrito (LG) Bamberg, Alemania, 23 de octubre de 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>>. Asimismo, véase, ICC Award No. 7565/1994, *supra* nota 27; Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000, *supra* nota 100, paras 5 & 6; Tribunale di Cuneo, 31 de enero de 1996, *supra* nota 100 (aun cuando éstas dos últimas estuvieron basadas en leyes procesales nacionales).

¹⁴² Spagnolo, *supra* nota 9, en 214-15 (sosteniendo, a mayor abundamiento, que no basta la “ignorancia, falta de comprensión y simple conveniencia de los abogados”).

¹⁴³ *Id.*, en 215.

¹⁴⁴ *Id.*, en 214. Asimismo, véase Xiao & Long, *Application of the CISG in China*, *supra* nota 73, en 77 & 81-82.

¹⁴⁵ Vid. Schroeter, *supra* nota 18, en 16 (analizando el fallo del Supremo Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) (BGH), 11 de mayo de 2010, *Internationales Handelsrecht* 216 (2010) en el cual el litigante acordó expresamente aplicar la “legislación alemana” durante el procedimiento, siendo el caso conocido y fallado por tribunales inferiores en base al Código Civil alemán (BGB) y al Código de Comercio alemán (HGB). Sin embargo, “extraordinariamente”, el BGH igualmente reenvió el caso, “ordenando (al tribunal inferior) que investigara si las partes (actuando a través de sus asesores legales) habían realmente pretendido elegir el BGB y el HGB”). Respaldando tal interpretación: Spagnolo, *supra* nota 9, en 217.

¹⁴⁶ *Id.*, at 215. See Schroeter, *supra* nota 18, en 9-10 (declarando que la mayoría de los tribunales son “escépticos” en cuanto a la intención de excluir la CISG porque la omisión de argumentos en base a las disposiciones de la CISG suele ser el resultado del desconocimiento de las partes respecto de la aplicabilidad de la CISG).

internacional privado en el sentido de que la libre elección de las partes sea ‘*claramente demostrada*’.¹⁴⁷ Los tribunales deben tener claro que un acuerdo de excluir la aplicación de la CISG puede inferirse de la conducta clara de las partes, siempre que tal inferencia sea mucho más plausible que cualquier otra. Este estándar promueve la claridad de la intención de excluir la aplicación de la CISG durante el procedimiento.¹⁴⁸ Este criterio es consistente con el principio general de la autonomía de las partes, particularmente en cuanto a que las partes pueden llegar a un acuerdo durante el procedimiento.¹⁴⁹

6. No cabe recurrir a los principios de derecho doméstico en materia de renuncia para determinar si las partes han tenido la intención de excluir la CISG.

6.1 La falta de un tribunal de aplicar la CISG como derecho aplicable puede constituir un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. La ausencia de argumentos de parte de los abogados no puede alterar la obligación fundamental del tribunal de aplicar la CISG.¹⁵⁰

6.2 La aplicación de principios del derecho nacional acerca de la renuncia de un derecho durante el proceso ha jugado un rol esencial en algunas decisiones que han rechazado la aplicación de la CISG. Por ejemplo, en el fallo norteamericano GPL Treatment, la falta del abogado de alegar la CISG fue entendida como constitutiva de una renuncia del derecho a invocarla, lo que permitió al tribunal aplicar el alegado pero inaplicable derecho interno.¹⁵¹ El tribunal de apelaciones no decidió si se habían dado los requisitos que impone la CISG para excluir su aplicación, pero una nota al pie de un voto disidente concluyó que ‘*el intento de alegar la CISG fue extemporáneo...al haberse renunciado al derecho a invocar la aplicación de la CISG.*’¹⁵² En otro caso norteamericano, el hecho que la CISG no fuese alegada y fuera utilizada solamente como argumento por primera vez justo después de la etapa preliminar del procedimiento, cuando el juicio estaba por comenzar, fue considerada como constitutiva del ‘consentimiento’ para aplicar derecho local de la compraventa en lugar de la CISG.¹⁵³ De manera similar, en un número de casos australianos, se concluyó que la aplicación de la CISG era ‘*innecesaria*’, debido a la manera en que tales casos fueron llevados por los abogados, incluyendo la ausencia de cualquier sugerencia por parte de dichos abogados de que la CISG fuera ‘*inconsistente*’ con el derecho interno de compraventa, justificando por tanto la aplicación de este último.¹⁵⁴

¹⁴⁷ Art. 7(1) Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, 39 October 1986, 24 I.L.M. 1573, 1575 (1985) (‘*el acuerdo de las partes respecto a esta elección debe ser expreso o ser claramente probado*’) & Art. 3(1) Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980 O.J. (L 266), 19 de junio de 1980, 19 I.L.M. 1492 (1980) (‘*la opción debe ser expresada o probada con razonable certeza*’); Art. 3(1) Rome I Regulation (EC) No 593/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations, 2008 O.J. (L 177/6), 4 de julio de 2008 (‘*la elección deberá ser expresa o claramente probada por la literalidad del contrato o por las circunstancias del caso*’). Pero véase Schroeter, *supra* nota 18, en 10 (concluyendo que el artículo 6 CISG, en lo que se refiere a la expresión de la intención de excluir la aplicación de la CISG, impone un requisito más estricto que la mayoría de la normativa privada internacional).

¹⁴⁸ Spagnolo, *supra* nota 9, en 215.

¹⁴⁹ *Id.*, en 215. véase, *eg.*, la interpretación adoptada por el Supremo Tribunal Federal de Alemania (BGH), Alemania, 11 de mayo de 2010, *supra* nota 145; Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce, 27 de diciembre de 2010 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101227sb.html>> (durante los alegatos orales las partes arribaron a un acuerdo en el cual, explícitamente, excluyeron la aplicación de la CISG).

¹⁵⁰ Declarando que la aplicabilidad de la CISG no depende de que las partes así lo requieran, sino del examen *ex officio* del tribunal: I. Schwenzer & P. Hachem, *in* Schwenzer 3^a ed., *supra* nota 3, Introduction to Arts 1-6, en 19-20 para. 3.

¹⁵¹ La CISG surgió en el debate en una etapa muy avanzada del juicio: GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp., *supra* nota 76, *Asimismo*, véase Italian Imported Foods Pty Ltd v. Pucci Srl, *supra* nota 73.

¹⁵² GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp., *supra* nota 76, Leeson J (en desacuerdo, en nota 8).

¹⁵³ Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc., *supra* nota 35 (el tribunal no consideró si el supuesto del artículo 6 de la CISG tuvo lugar o no).

¹⁵⁴ La legislación vigente estableció que la CISG debía prevalecer en todo aquello que resultara inconsistente: ss. 5 & 6 Sale of Goods (Vienna Convention) Act 1987 (Victoria); Playcorp Pty Ltd v. Taiyo Kogyo Ltd, 24 de abril de 2003, *supra* nota 138, en [235] & [245]; Spagnolo, *supra* nota 3, (criticando que esta decisión pasa por alto la aplicación de la CISG en cuanto implica una metodología completamente diferente). Descansando en la conclusión del caso Playcorp, que interpreta disposiciones vigentes de forma similar, véase Attorney-General of Botswana v. Aussie Diamond Products Pty Ltd, 23 de junio de 2010, *supra* nota 138, para. 210 (en el cual el tribunal estuvo de acuerdo en que se debería aplicar la CISG, pero declinó aplicarla).

6.3 Las reglas de procedimiento del derecho nacional aplicable a la renuncia de derechos no son desplazadas por la CISG.¹⁵⁵ Sin embargo, la CISG determina por sí misma la cuestión de su exclusión, controlando de manera autónoma su esfera de aplicación.¹⁵⁶ Así, en aquellos contratos a los cuales la CISG se aplica *ipso iure*, ésta solo puede ser excluida por medio de un acuerdo que satisfaga los arts. 6, 11, 14-24 y 29 CISG. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para excluir la CISG durante un procedimiento judicial requiere la modificación de dicho contrato mediante un acuerdo de las partes. Las partes no pueden desplazar la aplicación de la CISG a un contrato al cual ella ya se aplica a menos que exista un acuerdo efectivo según el estándar de intención referido antes [§5].

6.4 Puede sostenerse que los abogados son representantes de las partes, y por ello su conducta durante el proceso puede ser suficiente para la exclusión tácita de la CISG, o que los abogados de las partes, en su carácter de representantes y en base al art. 6 CISG, pueden celebrar un acuerdo excluyendo la aplicación de la CISG luego de haber celebrado el contrato. La CISG no regula el tema de la representación, pero el análisis expresado anteriormente se aplica independientemente de que exista o no una relación de mandato o representación; *i.e.* la conducta de las partes durante el procedimiento no es por sí sola suficiente para sostener una inferencia importante de la intención de excluir la aplicación de la CISG. Si las partes han autorizado al abogado para actuar como su representante, no solo para litigar, sino también para modificar su relación de negocios original con la contraparte, modificando el contrato sin necesidad de instrucciones, en ese caso puede ser suficiente un acuerdo expreso de los abogados para modificar el derecho aplicable al contrato. Es poco probable que dicho consentimiento suela presentarse en la práctica. Tal como lo señalara recientemente a Corte Suprema de Polonia, el comportamiento del abogado resulta irrelevante para excluir una materia que es regida por la CISG, ya que los representantes legales de las partes '*carecen de la facultad de para elegir el derecho aplicable en nombre de las partes*'.¹⁵⁷ Además, aun si los representantes de las partes se encuentran especialmente autorizados para modificar los acuerdos contractuales celebrados por las partes, para excluir la aplicación de la CISG durante la etapa post-contractual es necesario que el abogado, antes de celebrar dicho acuerdo, haya tenido conocimiento que la CISG es aplicable al contrato.¹⁵⁸

debido a que resultaba "innecesario", dada "la forma en la que se desarrolló el juicio" y porque las partes no alegaron que su aplicación resultaría inconsistente con el derecho interno aplicable a la compraventa nacional).

¹⁵⁵ *Contra* Spagnolo, *supra* nota 9, en 196.

¹⁵⁶ Schwenzler & Hachem, Art. 1, *supra* nota 3, en 104 para. [4].

¹⁵⁷ Corte Suprema, Poland, 17 de octubre de 2008, M. Zachariasiewicz, *Abstract*, *supra* nota 27.

¹⁵⁸ Schroeter, *supra* nota 18, en 24 & 29 (señalando que es improbable que dicho conocimiento se encuentre presente cuando la disputa que ya se encuentra en tramitación, toda vez que cabe presumir que para una de las partes la aplicación de la CISG, en lugar de un derecho alternativo, constituiría una ventaja).