

APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS COMO *LEX MERCATORIA*

*Jorge Oviedo Albán**

RESUMEN

En el presente artículo, el autor se refiere al ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, como reflejo de la *lex mercatoria*. El autor describe las diferentes posiciones que existen sobre el particular. El trabajo se fundamenta en la consulta de doctrina especializada y laudos arbitrales internacionales.

Palabras clave: *Lex mercatoria*, compraventa internacional de mercaderías, Convención de Viena, derecho internacional privado.

ABSTRACT

In this paper, the author refers to the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods as a reflection of lex mercatoria. The author describes the

Fecha de recepción: 13 de abril de 2005

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Comercial de la misma Universidad. Profesor de Derecho de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Conferencista en varias universidades extranjeras y foros internacionales. Autor de varias publicaciones sobre la materia en Europa, Norte, Centro y Sur América. Correo electrónico: jorge.oviedo@unisabana.edu.co.

different points of view about this particular matter. The study is supported in the consultation of specialized doctrines and international arbitral awards.

Key words: *Lex mercatoria, International Sales of goods, Viena Convention, Private International Law.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO *LEX MERCATORIA*
3. REFERENCIA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL
 - 3.1. Factor geográfico
 - 3.2. Factor material
 - 3.3. Factor temporal
4. LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL COMO REFLEJO DE LA *LEX MERCATORIA*
 - 4.1. Criterios positivos
 - 4.2. Criterios negativos
5. CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El punto que nos sirve de punto de partida, como planteamiento para este escrito, es el siguiente:

La Convención de las Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptada en la ciudad de Viena el 11 de abril de 1980, de la cual son parte a la fecha 65 estados, entre ellos Colombia, que la adoptó mediante la Ley 518 de 1999, es aplicable a las transacciones que caigan bajo los

preceptos de carácter geográfico, material y temporal, que como según se verá, expresamente están determinados en la misma. No obstante lo anterior, un grupo de laudos arbitrales extranjeros, vienen adoptando la teoría de la aplicabilidad de la Convención como *lex mercatoria*, independientemente de que se den o no los factores indicados, al entender que en la medida en que la Convención es el reflejo de las principales reglas del contrato de compraventa, comunes a varios sistemas jurídicos, o de la costumbre internacional, resulta aplicable a los contratos internacionales. En este sentido, se abre camino a un concepto real de *lex mercatoria*, la cual, independientemente de su origen, legislado o no, contiene una serie de preceptos reguladores de dichos contratos. Igualmente, significa un rompimiento de los esquemas clásicos del derecho internacional privado. Por el otro lado, una serie de críticos doctrinantes, no reconoce el valor de tal *lex mercatoria*, y en consecuencia, cuando no se verifiquen los factores temporal, material y geográfico de aplicación de la Convención, la misma no resultará aplicable.

2. EL CONCEPTO *LEX MERCATORIA*

Dentro de la doctrina se hace referencia a la *lex mercatoria*, entendiendo por tal, el conjunto de costumbres surgidas durante el medioevo como reglas propias de los comerciantes, las cuales dieron origen al derecho mercantil, el cual se caracteriza en su momento por ser de carácter profesional o subjetivo, consuetudinario, internacional y por haber desarrollado su propio sistema judicial, con los tribunales consulares de justicia¹. Así indica FERNÁNDEZ ROZAS:

“...la *lex mercatoria*, que resolvía las cuestiones propias del comercio interlocal, pues la práctica de las grandes ferias había conducido a un derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio. Al efecto surgieron normas similares de ciudad a ciudad que dieron origen a un derecho formado por costumbres y prácticas de una clase social, la de los comerciantes, que existía en todas ciudades, con la misma mentalidad y necesidades. Un derecho que era, por consiguiente, uniforme para todos los comerciantes de distintas ciudades, al margen de ciertas diferencias locales muy concretas y que tuvo una incidencia directa en toda la cristiandad, desde las ciudades portuarias del Mediterráneo al mar Báltico, pasando por la costa atlántica, incluyendo Inglaterra” (*anglice Law Merchant*)².

1 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 30 a 32. BERMAN, HAROLD, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, 2001, págs. 348 a 373.

2 FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Ius Mercatorum: autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, págs. 28 y 29.

Esta *lex mercatoria* pasaría por una etapa de nacionalización, que iría de la mano del proceso codificador³,

teniendo entre sus mayores exponentes al Código de Comercio francés de 1807, el cual a su vez dejó a la costumbre en un segundo plano frente a la ley, a la cual debía estar supeditada.

En la actualidad se viene hablando del “resurgimiento” de la *lex mercatoria*, comprendiendo dentro de tal concepto, las reglas jurídicas desarrolladas a partir del incesante tráfico comercial que cada vez adquiere mayores connotaciones globales, pasando a conformar un derecho transnacional de las relaciones económico comerciales⁴. Este derecho mercantil internacional, se asume, es heredero de las características de la *lex mercatoria* medieval, toda vez que entre las causas de su nacimiento igualmente se identifica la insuficiencia del derecho preexistente para regular las transacciones jurídicas constitutivas de su objeto⁵, la naturaleza no legislada de la mayoría de sus normas, así como el desarrollo —de hecho— de un propio sistema judicial, por medio de la resolución de conflictos en sede arbitral⁶.

En este punto deben ser destacadas las labores de ciertas instituciones internacionales, unas de carácter intergubernamental y otras gremiales, tales como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado —UNIDROIT—; la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional —UNCITRAL—; la Cámara de Comercio Internacional con sede en París —CCI—, entre otras⁷, cuyos instrumentos, en conjunto, conforman el nuevo derecho mercantil internacional⁸.

En un sentido amplio, hemos hecho referencia anteriormente, a la *lex mercatoria*, como sinónimo del derecho mercantil internacional, cuyos instrumentos jurídicos, a nivel general, se pueden agrupar en dos: instrumentos de *hard law*, e instrumentos

3 FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 34 y sigs.

4 FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 77. GABOR, FRANCIS A. “Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective”, en: 8 *Northwestern Journal of International Law & Business* (1988), Northwestern University School of Law, Chicago, págs. 538-560.

5 FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 29.

6 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, págs. 46 a 105.

7 OVIEDO ALBÁN, JORGE, “El derecho mercantil internacional: introducción histórica y conceptual”, en: autores varios, *Estudios de contratación internacional: régimen uniforme e internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004, pág. 27 y sigs. Téngase en cuenta las consideraciones de FERNÁNDEZ ROZAS, quien sobre el particular expresa: “(...) en el nuevo proceso, la internacionalización implica la institucionalización cada vez mayor, con consecuente limitación a la soberanía nacional de los países, para garantizar el correcto funcionamiento de la regulación de las reglas de mercado”. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 78.

8 En el trabajo anteriormente citado hacemos referencia a los diferentes instrumentos y su naturaleza jurídica.

de *soft law*, donde el criterio de diferenciación viene a ser la propia coercibilidad, toda vez que mientras dentro de los primeros se ubican básicamente las convenciones o tratados internacionales, y dentro de los segundos, las recopilaciones de reglas y principios, que no tienen expresamente el carácter de ley, derivando —en principio— su carácter coercible, de la autonomía de la voluntad, en la medida en que sean las partes de los contratos quienes decidan incorporales a sus acuerdos, tal como sucede con los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales, los términos INCOTERMS de la CCI, etc.⁹. En este sentido se expresa FERNÁNDEZ ROZAS:

“En íntima relación con la *lex mercatoria* y su recepción por los organismos internacionales, no puede olvidarse la importante acción que en este ámbito despliega el denominado *soft law* (<<derecho flexible>>) en la unificación del derecho de los negocios transnacionales. Desde un punto de amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluyen una serie de elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas. (...) El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el derecho internacional público y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc., sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actualidad judicial”¹⁰.

En un sentido más restringido, el concepto *lex mercatoria*, se hace alusión a su vez a una acepción tradicional y una avanzada de la “nueva *lex mercatoria*”. Según el primero,

“se trataría de un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc., que regulan, exclusivamente, algunos aspectos de la contratación internacional”¹¹,

mientras que de acuerdo con la segunda:

“...este conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales conforman un verdadero ordenamiento jurídico. Competiría con los derechos nacionales y, por tanto, podría regular, de modo autónomo, los contratos internacionales, al margen de cualquier derecho estatal”.

9 OVIEDO ALBÁN, JORGE, “Derecho uniforme del comercio internacional: los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales”, en: *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 20043, pág. 657 y sigs.

10 FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 188.

11 CALVO CARAVACA, ALFONSO - LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Contratos Internacionales 1”, en: *Derecho internacional privado*, t. 2, (autores varios), 5ª edición, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 503.

Finalmente, el caso objeto de este artículo, no es sino un reflejo del debate que a nivel doctrinal se vive actualmente, consistente en determinar cuál es el valor jurídico de la *lex mercatoria*. Los extremos se mueven entre las siguientes posibilidades:

- a) Considerar que la *lex mercatoria* es un concepto vacío, y que como tal una invocación de esta naturaleza en los contratos, no obligaría a jueces y árbitros, los cuales tendrían que acudir a las reglas de conflicto para determinar la ley del contrato;
- b) Considerar que la *lex mercatoria* tiene valor, en la medida en que la voluntad autónoma decida incorporarla al contrato en particular, y otra
- c) Considerar que independientemente de invocación particular, la misma tiene vida propia¹².

3. REFERENCIA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Como se podrá haber advertido, la Convención de las Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en la medida en que es un tratado internacional que para su entrada en vigor requiere la suscripción por parte de los estados, hace parte del denominado *hard law*. La Convención, como toda ley, se aplicará a las transacciones que cumplan con los requisitos de aplicación señalados por ella.

12 Véanse CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 2000, pág. 26 y sigs. MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO, “La nueva *lex mercatoria*: ¿un fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, en: *Foro de derecho mercantil, Revista Internacional*, n° 1, Legis, Bogotá D.C. - Colombia, 2003, págs. 95 a 124. En este sentido resultan oportunas las palabras del profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ, quien sobre el particular señala:

“La determinación del régimen jurídico de los contratos internacionales viene marcado por una polémica doctrinal clásica:

1°. Algunos autores —autodenominados internacionalistas— opinan que los contratos internacionales deberían regularse por reglas materiales directamente aplicables y creadas por los propios comerciantes protagonistas de la contratación internacional (teoría de la nueva *lex mercatoria*). Estas reglas materiales también podrían ser creadas por los estados y compiladas en convenios internacionales de derecho uniforme de contratos (teoría del derecho uniforme contractual).

2°. Otros autores —los conflictualistas— por el contrario, sostienen que sólo una ley nacional puede regular el contrato y que por tanto son precisas normas de conflicto para determinar la ley aplicable al contrato internacional”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, en: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Ley aplicable al contrato internacional”, en: *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pág. 49.

Así entonces, es conveniente tener claridad en que la Convención sobre compraventa internacional, establece una serie de parámetros o factores que determinan su aplicabilidad¹³, que son:

3.1. Factor geográfico

Según el cual, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1º, numeral 1º, literales a y b, la Convención resultará aplicable por vía directa o indirecta, a aquellas operaciones celebradas entre partes que tengan su establecimiento en estados diferentes, siempre y cuando dichos estados sean parte de la Convención, o cuando en defecto de ello, así se deduzca por medio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado¹⁴. En este punto resulta del caso comentar que el derecho mercantil internacional, o uniforme, se sigue valiendo de las normas de derecho internacional privado, para determinar su aplicabilidad. Por esta vía pueden resultar de inmensa utilidad los procesos de armonización y unificación de las normas sustanciales, como los de unificación de las normas conflictuales o de derecho internacional privado¹⁵.

3.2. Factor material

Según el cual, la Convención rige para todas aquellas operaciones que impliquen obligación del vendedor de transferir el dominio y entregar materialmente una

13 GALÁN BARRERA, DIEGO RICARDO, “El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: autores varios. *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 15, Bogotá D.C., 2003, pág. 271 y sigs. ALJURE, ANTONIO, “Ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM)”. *Adenda a la obra Compraventa internacional de mercaderías*, op. cit., VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías*, una visión jurisprudencia, Aranzadi editorial, Elcano Navarra, 2000, págs. 55 a 91.

14 Véase más ampliamente mis anteriores estudios sobre el particular, donde me he referido a los ámbitos directo o indirecto de aplicación de la Convención. OVIEDO ALBÁN, JORGE, “Aplicabilidad indirecta de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en: *Luis Carlos Galán y la dignidad del derecho. Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004, pág. 45 y sigs. OVIEDO ALBÁN, JORGE, “Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 4, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004, pág. 73 y sigs.

15 No obstante, debe indicarse que ha sido precisamente como fruto de la lentitud observada en los procesos de armonización y unificación legislativas, que se ha dado paso al surgimiento de un derecho autónomo del comercio internacional. En este sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, op. cit., pág. 49.

mercadería a cambio de un precio al que está obligado el comprador¹⁶. Igualmente deberán ser tenidas en cuenta las operaciones a las cuales la Convención no se aplica, así como las inclusiones o exclusiones expresas, de conformidad con lo estipulado en los artículos 2 a 5¹⁷.

3.3. Factor temporal

De acuerdo con éste, la Convención tiene vigencia hacia el futuro, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 100.

También debemos incluir como factor de aplicación, el denominado *opting in* en la medida en que no obstante no ser aplicable la Convención, por no configurarse alguno de los factores mencionados, las partes del contrato decidan incluirla como ley del mismo¹⁸.

4. LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL COMO REFLEJO DE LA LEX MERCATORIA

4.1. Criterios positivos

En este apartado haremos relación de los argumentos tenidos en cuenta por algunos de los tribunales que han considerado que la Convención se puede aplicar, cuando

16 Cfr. artículos 30 y 53 de la Convención.

17 Sobre un detallado análisis relacionado con la posible aplicación material extensiva de la Convención sobre compraventa internacional, véase la obra de OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 143 a 452. En esta obra, el profesor OLIVA BLÁZQUEZ, analiza la aplicación *ratione materiae*, de la Convención, en principio circunscrita a la operación de compraventa, en segundo lugar a los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, los contratos mixtos de suministro de mercaderías y servicios, la delimitación negativa, consistente en la exclusión de ciertas operaciones del campo de aplicación de la Convención, y la aplicación de la misma a otros contratos internacionales: *Countertrade*, contrato de suministro internacional, contrato estimatorio internacional, contratos de distribución internacional: concesión comercial y franquicia, contrato internacional de obra y contrato de *leasing* internacional. También sobre el particular, puede consultarse la obra de FERRARI, FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, traducción de ALBERT LAMARCA I marqués, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 117 a 152.

18 OVIEDO ALBAN, JORGE, “La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional. Comentarios al artículo 6° de la Convención de Viena de 1980”, en: *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, La Ley, año 8, n° 3, Buenos Aires, 2004, págs. 7 a 26.

la misma se invoque o se tome como, reflejo de la *lex mercatoria*. A estos efectos debemos tener en cuenta que los laudos a los que haremos referencia, pueden enmarcarse dentro de la denominada “teoría de la nueva *lex mercatoria*”, cuyos defensores afirman que existe

“...un derecho material especial para los negocios internacionales gestado al margen de los estados y que se presenta como un <<ordenamiento jurídico>> alternativo al derecho de los estados”¹⁹.

Esta teoría se basa en los postulados siguientes:

- a) Existe un nuevo legislador transnacional, conformado por la misma sociedad internacional de comerciantes;
- b) Se trata de una *lex mercatoria* que goza de plenitud, en el sentido de no necesitar de los derechos estatales; y
- c) Está compuesta por: principios generales del derecho de los contratos internacionales, usos y prácticas uniformes derivados y observados en la práctica comercial internacional y por reglas consagradas por la práctica arbitral internacional²⁰.

Las variables de reconocimiento de la *lex mercatoria* como ley del contrato gravitan en torno a: que sea la autonomía de la voluntad la que la invoque, y en cuyo caso los árbitros la reconozcan reflejada en la Convención sobre Compraventa

19 CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Contratos internacionales 1”, en: *Derecho internacional privado*, t. 2, autores varios, *op. cit.*, pág. 503.

20 CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Contratos internacionales 1”, *op. cit.*, págs. 503-504. También debe considerarse con FERNÁNDEZ ROZAS que: “También debe incluirse dentro de esta dimensión a la práctica de los comerciantes generadora de <<normas materiales comunes>> que son codificadas a través de los cauces apuntados. Son por tanto los estados quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno a través de este procedimiento. Así concebida, la *lex mercatoria* constituye un instrumento esencial en la elaboración de convenios internacionales y normas internas en la reglamentación del tráfico mercantil internacional. Mas, en segundo lugar, lo que constituye propiamente la <<nueva *lex mercatoria*>> no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante: (...) Nos hallamos, pues, ante una serie de técnicas de unificación jurídica que, prescindiendo de los estados, inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación <<paralegal>> que suele limitarse a las relaciones internacionales, marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales”. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *op. cit.*, págs. 88-89.

Internacional, o en su defecto, cuando no habiendo dicho nada sobre la ley aplicable, los árbitros decidan aplicar la *lex mercatoria* como ley del contrato, y encontrar que aquélla se encuentra reflejada en la Convención de Viena²¹.

a. Caso *Watkins Johnson Co. & Watkins - Johnson Ltd vs. Irán*²²

El argumento básico consistió en que una parte (Watkins Johnson) vendió de acuerdo con el derecho reconocido en el campo de los contratos internacionales. Basado en esto, el tribunal aplicó la Convención sobre compraventa internacional.

b. *Laudo cci 5713 de 1989*²³

En el presente caso, el tribunal consideró que al no haber escogido las partes de un contrato suscrito en 1979²⁴, la ley del contrato, éste basado en el artículo 13 (3) de las reglas de arbitraje CCI, se encontraba regido por los usos del comercio internacional prevalecientes en la compraventa internacional. Así, encontró que no hay mejor fuente para determinar los usos prevalentes del comercio, que los términos de la Convención sobre compraventa internacional del 11 de abril de 1980.

c. *Laudo cci 6149 de 1990, caso *Daewoo v. Farhat**²⁵

En este caso el tribunal consideró que la Convención no podía ser aplicada como *lex mercatoria* al caso, pero por el simple hecho de que la misma no tiene disposiciones que resultaren aplicables al problema debatido.

21 A estos casos hacen referencia igualmente: ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Derecho mercantil internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003, pág. 111, y MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Mercatura, Colección Estudios de Derecho Mercantil, dirigida por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 66 y 67.

22 Laudo arbitral n° 370, Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, julio 28 de 1989. *Arbitral Award 370, Court: Iran - United States Claims Tribunal, Watkins - Johnson Co. & Watkins - Johnson Ltd. vs. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*, en www.unilex.info. Igualmente téngase en cuenta el laudo 18, Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, octubre 13 de 1986, en el caso Pepsi Co Vs. Irán y el laudo n° B1 del mismo tribunal de 16 de junio de 1988 en el caso Irán vs. Estados Unidos.

23 Laudo arbitral CCI 5713 de 1989. *ICC Arbitration Case n° 5713 of 1989*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>.

24 Nótese que aquí incluso, no se daba el factor temporal de aplicación de la Convención, de acuerdo con el artículo 100.

25 Laudo arbitral CCI 6149 de 1990. *ICC Arbitration Case n° 6149 of 1990*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/906149i1.html>.

d. Laudo cci 7331 de 1994²⁶

En este caso, el demandante, argumentó que el tribunal debería aplicar la ley *lex loci venditoris* la cual incorporaba la Convención de Viena. La defensa, por su parte arguyó que ninguna ley nacional específica debería ser aplicada a esta disputa, y en cambio deberían aplicarse los principios generales del derecho comercial internacional y los usos aceptados en la práctica comercial internacional, incluyendo el principio de la buena fe.

Al determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral, así como la ley sustancial aplicable al fondo del contrato, el tribunal no encuentra aplicable ninguna ley nacional aplicable. Así, de acuerdo con el artículo 13 del reglamento de arbitraje de la CCI, el tribunal queda en libertad de encontrar la ley aplicable. El tribunal encuentra que los principios generales del comercio internacional, incluyendo el principio de la buena fe, pueden regir la disputa, y que los mismos así como los usos aceptados, están contenidos en la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías. El tema dominante de la Convención es su papel en contratos construidos a la luz de las prácticas y usos comerciales, la cual además fue producida por acuerdo entre varios estados, mediante colaboración de más de una década.

e. Laudo cci 8502²⁷

En el presente caso, las partes del contrato no acordaron expresamente la ley aplicable al mismo, hecho que no significó para el tribunal que el pacto de ley aplicable no pudiera deducirse de las relaciones entre las partes. No obstante, las partes habían hecho referencia a usos del comercio internacional, como los términos INCOTERMS 1990, y a la UCP 500 como aplicable a la fuerza mayor, de lo cual el tribunal infirió que la intención de las partes era que el contrato estuviera regido por los usos del comercio y las costumbres, y como tal reconoció que eran aplicables al contrato tanto la Convención de Viena sobre compraventa internacional, como los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales, instrumentos éstos que el tribunal asumió como evidencia de las prácticas admitidas bajo el derecho del comercio internacional.

26 Laudo arbitral CCI 7331 de 1994. ICC Arbitration Case n° 7331 of 1994, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>.

27 Laudo arbitral CCI, 8502 de noviembre de 1996. ICC Arbitration Case n° 8502 of November 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968502i1.html>.

f. Laudo cci 8817 de 1997²⁸

En el contrato suscrito entre una compañía española y una danesa, que tenía por objeto un acuerdo para distribución exclusiva y venta de productos de comida, las partes no habían acordado una cláusula de escogencia de ley. El tribunal arbitral, de acuerdo con el artículo 13 (3) de las reglas cci sobre arbitraje, decidió aplicar la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, y sus principios generales, ahora contenidos en los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales como reglas para resolver la disputa.

g. Laudo cci 9333 de 1998²⁹

En este caso, el tribunal determinó que dos artículos (respectivamente los artículos 7.4.9 y 78) de los *Principios de UNIDROIT* y la Convención sobre compraventa internacional resultaban aplicables al contrato, y los reconoció como reflejo de los usos del comercio internacional.

h. Laudo cci 9474 de 1999³⁰

Las partes del contrato habían acordado que el tribunal decidiría “imparcialmente”. El significado de esta cláusula fue discutido con las partes, y ambas aceptaron que el tribunal aplicaría los estándares generales y reglas de los contratos internacionales.

Así, el tribunal consideró que los estándares y reglas generales del derecho comercial, están reflejados en los *Principios europeos del derecho de contratos*; los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales y en la Convención sobre compraventa internacional.

28 Laudo arbitral cci, 8817 de 1997, *ICC Court of arbitration - Paris, 8817 of December 1997*, UNILEX.

29 Laudo arbitral cci, 9333 de 1998, *ICC Arbitration Case n° 9333 of October 1998* <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/989333i1.html>. Igualmente en UNILEX.

30 Laudo arbitral cci, 9474 de 1999, *ICC Arbitration Case n° 9474 of February 1999* <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html>.

4.2. Criterios negativos

Ante la inquietud consistente en considerar aplicable la Convención como *lex mercatoria*, hay quienes consideran la respuesta negativa, basándose en los siguientes argumentos³¹:

1. En caso de que las partes hubiesen acordado a la Convención, como ley aplicable al contrato, los árbitros deberán aplicarla como una obligación, y no acudiendo al reflejo de la *lex mercatoria*³².
2. En caso de que las partes no hubiesen acordado a la Convención como ley aplicable, los árbitros deberán acudir a elementos o criterios objetivos contenidos en las normas de conflicto del foro, para concluir si aplicarla o no³³.
3. De no darse los factores de aplicación de la Convención, no cabe aplicarla como *lex mercatoria* toda vez que

“(...) Esta solución sería claramente contraria al espíritu de esta Convención en la medida en que puede acabar con las previsiones o potenciales expectativas de las partes. No existe razón alguna para pensar que, si no cabe que su contrato pueda ser regulado por la Convención de Viena, ésta pueda —a pesar de todo— ser aplicada por los árbitros. Dicho con otras palabras, si las partes no dicen nada al respecto, queda claro que se refieren a *sensu contrario* a otras reglas diferentes. Cualquier otra solución constituye un atentado contra un valor tan estimado en el comercio internacional como la seguridad jurídica”³⁴.

Por estas razones, otro sector de la doctrina ha tachado de “totalmente inútil” e inoportuna, la posibilidad de invocar la Convención como *lex mercatoria*³⁵.

31 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, “El contrato de compraventa internacional de mercaderías”, en: autores varios, *Contratos internacionales*, ALFONSO L CALVO CARAVACA; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (directores) PILAR BLANCO-MORALES LIMONES (coordinadora), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 175-176. Los argumentos esbozados en este acápite son de los autores citados. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Ley aplicable al contrato internacional”, *op. cit.*, págs. 51-54. El autor hace referencia a una serie de fallos del Tribunal Supremo Español donde se ha negado que la *lex mercatoria*, constituya un ordenamiento jurídico alternativo al derecho del Estado. Los fallos son: STS 3 de marzo de 1997; STS 14 de marzo de 1989; STS 6 de abril de 1989; STS 3 de mayo de 1991; STS 14 de noviembre de 1989; STS 11 de marzo de 1991; STS 8 de mayo de 1991; STS 6 de abril de 1992 y STS 17 de junio de 1994.

32 En este caso resultaría aplicable como consecuencia de que las partes acordaron su aplicación, usando su derecho de autonomía conflictual.

33 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pág. 176.

34 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pág. 176.

35 ASÍ HEUZÉ, VINCENT, *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly editions, Paris, 1992, págs. 102 y 103.

Anteriormente habíamos señalado que las posibilidades de aplicación de la *lex mercatoria* a los contratos, variaba entre dos posibilidades, consistentes en que la autonomía de la voluntad la invocara o los árbitros la reconocieran como ley del contrato. La primera de las posibilidades encuentra una dificultad dentro de los órganos jurisdiccionales, como ha sucedido en el caso europeo, donde se suele declarar como ineficaz la cláusula que la invoque, toda vez que se entiende que la autonomía conflictual, reconocida en el Convenio de Roma de 1980 (artículo 3) sólo permite la elección de ley estatal³⁶.

Dentro de los criterios negativos de aplicación debemos recordar los argumentos sostenidos por aquellos que critican y rechazan la teoría de la nueva *lex mercatoria*:

- a) La nueva *lex mercatoria* no es un ordenamiento jurídico;
- b) La nueva *lex mercatoria* no constituye un sistema que goce de la característica de plenitud, y entre otras, se trata de un sistema cuya coercibilidad y carácter sancionador es débil³⁷.

5. CONCLUSIÓN

Como conclusión de este trabajo podemos indicar:

La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, adoptada en la ciudad de Viena el 11 de abril de 1980, en vigor actualmente para 65 estados, determina su propio campo de aplicación conforme a los criterios geográfico, material y temporal. No obstante lo anterior, varios tribunales de arbitramento internacionales, la vienen aplicando, independientemente de que se verifiquen dichos factores, entendiendo que la misma es reflejo de la *lex mercatoria*, y la aplican cuando las partes la hayan pactado como ley del contrato, usando expresiones como que su acuerdo se rija por los usos y costumbres del comercio internacional; por los estándares generales del derecho de contratos, etc. Los árbitros han encontrado en varias ocasiones que es la Convención el instrumento que mejor refleja dichos estándares internacionales del derecho de contratos, al lado de otros

³⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 91.

³⁷ CALVO CARAVACA; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, op. cit.*, pág. 505. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, "Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones", en: CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; AREAL LUDEÑA, SANTIAGO (directores), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, págs. 425 a 475.

instrumentos, como es el caso de los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales y los principios europeos del derecho de contratos³⁸.

Esta tesis, viene a ser revolucionaria frente a las reglas tradicionales del derecho internacional privado, razón por la cual muchos todavía se niegan a aceptarla.

Cabe finalmente citar las palabras de un reciente tribunal arbitral chino, que consideró que la Convención, es un conjunto de normas uniformes las cuales son tomadas de diferentes sistemas legales de ahí que sean más comprensibles para los comerciantes de diferentes jurisdicciones en el comercio internacional. De ahí que comparadas con las normas nacionales, la Convención refleja igualmente los intereses del vendedor y del comprador³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*, McGraw Hill, México, 1994.

ALJURE, ANTONIO, “Ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM)”, *Addenda: autores varios, Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 15, Bogotá D.C., 2003.

AUDIT, BERNARD, “*The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*”, en: *Lex Mercatoria and Arbitration*, THOMAS E. CARBONNEAU ed., Juris Publishing, 1998.

AUDIT, BERNARD, *La compraventa internacional de mercaderías*, traducción de RICARDO DE ZAVALÍA, ZAVALÍA editor, Buenos Aires, 1994.

Autores varios, *Compraventa internacional de mercaderías, comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2003.

38 “(...) las referencias a los usos y principios generales del comercio internacional o expresiones similares son normalmente interpretadas por los árbitros como reflejo de la voluntad de las partes de desnacionalizar el contrato”. LÓPEZ RODRÍGUEZ, ANA M., “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. El enfoque transnacional de la nueva ley española de arbitraje”, en: CALVO CARAVACA; AREAL LUDEÑA, *op. cit.*, pág. 699 y sigs.

39 *China International Economic & Trade Arbitration Commission, [CIETAC] (PRC) CIETAC Arbitration Award [11 February 2000]*, traducción al inglés de YUAN XIAOTONG. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000211c1.html>.

- BERMAN, HAROLD, *La formación jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR (directores), *Globalización y derecho*, Colex, 2003.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho internacional privado*, ts. 1 y 2, 5ª edición, Comares, Granada, 2004.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, (directores), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2004.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; AREAL LUDEÑA, SANTIAGO, (directores). *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005.
- CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 2000.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Ley aplicable al contrato internacional”, en: CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003.
- DIMATTEO, LARRY A., “Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law”, *Harvard International Law Journal* (Summer, 2002) 569-581.
- DIMATTEO, LARRY A.; DHOOGHE, LUCIEN, GREENE, STHEPHANIE; MAURER, VIRGINIA; PAGNATTARO, MARISA, “The Interpretive Turn in International Sales Law: an Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”, *Northwestern University School of Law, 34 Northwestern Journal of International Law and Business* (Winter 2004) 299-440.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, “El contrato de compraventa internacional de mercaderías”, en: autores varios, *Contratos internacionales*, ALFONSO L CALVO CARAVACA; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (directores) PILAR BLANCO-MORALES LIMONES (coordinadora), Tecnos, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Ius Mercatorum: autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, traducción de ALBERT LAMARCA I marqués, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- GABOR, FRANCIS A., “Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective”, en: *8 Northwestern Journal of International Law & Business* (1988), Northwestern University School of Law, Chicago, págs. 538-560.

- GALÁN BARRERA, DIEGO RICARDO, “El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: autores varios, *Compraventa internacional de mercaderías. comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 15, Bogotá D.C., 2003.
- GUARDIOLA SACARRERA, ENRIQUE, *La compraventa internacional. Importaciones y exportaciones*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2001.
- HEUZÉ, VINCENT, *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly editions, Paris, 1992.
- HYLAND, RICHARD, *Commentary on ICC Arbitration, Case n° 5713 of 1980*, www.cisg.law.pace.edu.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Derecho mercantil internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003.
- JUENGER, FRIEDRICH K., “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Lousiana Law Review*, summer 2000.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, ANA M., “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. El enfoque transnacional de la nueva ley española de arbitraje”, en: CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; AREAL LUDEÑA, SANTIAGO (directores), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005.
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN, *Principios de derecho comercial*, 9ª edición, Temis, Bogotá D.C., 2004.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Mercatura, Colección Estudios de Derecho Mercantil, dirigida por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Editorial Comares, Granada, 2004.
- MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO, “La nueva *lex mercatoria*: ¿un fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, en: *Foro de derecho mercantil, Revista Internacional*, Legis, n° 1, Bogotá D.C. - Colombia, 2003.
- OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa internacional de mercaderías (ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- OVIEDO ALBÁN, JORGE, “Derecho uniforme del comercio internacional: los *Principios de Unidroit* para los contratos comerciales internacionales”, en: *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, págs. 657 y sigs.
- OVIEDO ALBÁN, JORGE, “El derecho mercantil internacional: introducción histórica y conceptual”, en: autores varios, *Estudios de contratación internacional: régimen uniforme e internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004.

- OVIDIO ALBÁN, JORGE, “Aplicabilidad indirecta de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en: *Luis Carlos Galán y la dignidad del derecho. Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, “Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 4, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, y otros, *Estudios de contratación internacional, régimen uniforme e internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2004.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, “La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional. Comentarios al artículo 6° de la Convención de Viena de 1980”, en: *Revista de derecho internacional y del MERCOSUR*, La Ley, Buenos Aires, año 8, n° 3, 2004.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías, una visión jurisprudencia*, Aranzadi editorial, Elcano Navarra, 2000.

Laudos arbitrales citados

- Laudo arbitral n° 370, Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, julio 28 de 1989. *Arbitral Award 370, Court: Iran - United States Claims Tribunal, Watkins - Johnson Co. & Watkins - Johnson Ltd. Vs. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*, en www.unilex.info.
- Laudo 18, Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, octubre 13 de 1986.
- Laudo n° B1 Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, junio 16 de 1988.
- Laudo arbitral CCI 5713 de 1989. *ICC Arbitration Case n° 5713 of 1989*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>.
- Laudo arbitral CCI 6149 de 1990. *ICC Arbitration Case n° 6149 of 1990*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/906149i1.html>.
- Laudo arbitral CCI 7331 de 1994. *ICC Arbitration Case n° 7331 of 1994*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>.
- Laudo arbitral CCI, 8502 de noviembre de 1996. *ICC Arbitration Case n° 8502 of November 1996*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968502i1.html>.
- Laudo arbitral CCI, 8817 de 1997, *ICC Court of arbitration - Paris, 8817 of December 1997*, UNILEX.

Laudo arbitral CCI, 9333 de 1998, *ICC Arbitration Case n° 9333 of October 1998*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/989333i1.html> igualmente en UNILEX.

Laudo arbitral CCI, 9474 de 1999, *ICC Arbitration Case n° 9474 of February 1999*, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html>.

China International Economic & Trade Arbitration Commission, [CIETAC] (PRC) CIETAC Arbitration Award [11 February 2000], traducción al inglés de YUAN XIAOTONG, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000211c1.html>.