

Consejo Consultivo de la CISG*

Opinión Consultiva No. 15**

Reservas bajo los artículos 95 y 96 CISG

Para ser citado como: Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (“CISG-AC”). Opinión Consultiva No. 15: Reservas bajo los artículos 95 y 96 CISG. Profesor Doctor Ulrich G. Schroeter, Universidad, Mannheim, Alemania. Adoptado por el Consejo Consultivo de la CISG en Beijing, China, el 21 – 22 de octubre, 2013.

Traducción al español por el Licenciado Guillermo Coronado Aguilar y revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

La reproducción de ésta Declaración ha sido autorizada.

INGEBORG SCHWENZER, Presidenta

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

* *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 Asesor 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 Schwenzler, 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. 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 Schwenzler de la Universidad de Basilea fue electa Presidente de la CISG-AC.

*** Las normas 1-2 y 4-6 fueron adoptadas por unanimidad. La regla 3 fue aprobada por todo el Consejo, excepto por un voto disidente.*

SIEG EISELEN, Secretario

OPINIÓN

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) [...]

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

Artículo 95 CISG

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención.

1. Una declaración bajo el artículo 95 CISG exonera al Estado Contratante que la hizo cumplir con la obligación impuesta por el derecho internacional público de aplicar la Convención bajo el artículo 1(1)(b) CISG. Sin embargo, esta declaración no impide a los tribunales de dicho Estado que apliquen la Convención cuando sus normas de derecho internacional privado conducen a la aplicación del derecho de un Estado Contratante.

2. La declaración bajo el artículo 95 CISG no tiene efecto alguno en cuanto a la aplicación de la Convención bajo el artículo 1(1)(a) CISG. Al aplicar el artículo 1(1)(a) CISG, es irrelevante si el Estado del foro ha hecho una declaración bajo el artículo 95 CISG o si una de las partes (o ambas) del contrato de compraventa tienen su establecimiento en un Estado que hizo una declaración bajo el artículo 95 CISG.

3. Cuando el foro se encuentra en un Estado Contratante que no ha hecho declaración alguna bajo el artículo 95 CISG, la Convención se aplica conforme al artículo 1(1)(b) aunque las normas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación del derecho de un Estado Contratante que hizo una declaración bajo el artículo 95 CISG.

Artículo 12 CISG

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se haga por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 96 CISG

El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

4. Sólo aquellos Estados cuya legislación exija que todos los contratos de compraventa regidos por la Convención sean celebrados o probados por escrito pueden hacer una declaración bajo el artículo 96 CISG.

5. Las declaraciones realizadas al amparo del artículo 96 CISG deben ser cumplidas por los tribunales de los Estados Contratantes hasta que la declaración sea retirada conforme al artículo 97(4) CISG, aun cuando los requisitos para tal declaración no se hayan cumplido o no se cumplan más.

6. En el caso de que cualquiera de las partes del contrato de compraventa tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 ISG,

6.1 ningún Estado Contratante se encuentra obligado bajo el derecho internacional público a aplicar disposición alguna del artículo 11 CISG, artículo 29 CISG ni de la Parte II de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito (artículo 12 CISG).

6.2 las normas de derecho internacional privado del foro determinan el derecho que rige los requerimientos de forma de dichos contratos de compraventa y la manera en que deben probarse.

COMENTARIOS

1. En general

En las Clausulas Finales de la Parte IV de la CISG, la Convención autoriza un número de declaraciones en donde los Estados Contratantes pueden excluir o modificar los efectos legales de ciertas disposiciones de la Convención. De acuerdo con el artículo 98 CISG, la lista de reservas en la Parte IV es exhaustiva, sin más reservas que las que se encuentran expresamente autorizadas, siendo por tanto aquéllas las únicas permitidas.

La mayoría de las reservas permitidas bajo la CISG han probado ser relativamente directas y claras, y sus efectos han causado pocas dificultades en la práctica. La presente opinión se refiere las dos reservas que han suscitado dudas sobre su debida interpretación y aplicación, principalmente los artículos 95 y 96 CISG. Estas dos reservas son similares en tanto que las dos afectan la aplicación de ciertas disposiciones individuales de

la Convención, mientras que las declaraciones bajo los artículos 92–94 CISG excluyen la aplicación de toda o partes de la Convención. Mas allá de esta característica general compartida, los temas subyacentes de los artículos 95 y 96 CISG no están relacionados: Mientras que el artículo 95 CISG afecta la aplicación del artículo 1(1)(b) CISG, el artículo 96 CISG concierne la aplicación del principio de libertad de forma bajo la Convención.

2. Historia de su redacción

a) Artículo 95 CISG

2.1 La historia sobre la redacción del artículo 95 CISG es breve. La disposición fue propuesta por primera vez por Checoslovaquia durante la Conferencia Diplomática de Viena,¹ considerada durante la segunda reunión del Segundo Comité y finalmente rechazada.² Posteriormente, Checoslovaquia reintrodujo su propuesta en la sesión plenaria, ofreciendo entonces dos diferentes redacciones.³ Después de una breve discusión, una de las redacciones propuestas fue retirada y la otra aceptada por 24 votos a favor, 7 en contra y 16 abstenciones.⁴

2.2 Las discusiones sobre el artículo 95 CISG en la sesión plenaria estuvo casi exclusivamente centrada en los motivos aducidos por Checoslovaquia para no aplicar el artículo 1(1)(b) CISG, es decir, su deseo de no limitar la aplicación práctica de un derecho interno: Checoslovaquia (y, de alguna manera similar, la República Democrática de Alemania) habían promulgado una legislación especial que gobernaba operaciones del comercio internacional, y que resultaba de aplicación por los tribunales en Checoslovaquia cuando las normas de derecho internacional privado se referían a la ley de Checoslovaquia. El artículo 1(1)(b) CISG puede, por tanto, haber tenido el efecto de privar de forma amplia a dicha legislación de su aplicación práctica, ya que hubiera significado que la CISG y no la legislación doméstica tendría que ser aplicada.⁵ En este punto tardío de la Conferencia Diplomática, la reserva adicional, aunque estrecha y limitada en cuanto a sus fundamentos, fue aceptada por la mayoría con el objetivo de no ver comprometido el apoyo de la CISG en su integridad por parte de Checoslovaquia y otros países Socialistas.⁶ El efecto preciso de la nueva reserva sobre la esfera de aplicación de la Convención, por el contrario, nunca fue evaluado ni discutido.

2.3 El artículo 95 CISG tuvo un cuasi-predecesor en el Artículo III de las Convenciones relacionadas sobre la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Mercaderías (ULF por sus siglas en inglés) y la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (ULIS por sus siglas en

¹ Documento A/CONF.97/C.2/L.7, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo – 11 abril de 1980, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia y Actas Resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales* (1981) 145.

² *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 439.

³ Documento A/CONF.97/L.4, *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 170.

⁴ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 230.

⁵ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 229.

⁶ Cf. Malcom Evans, en Bianca & Bonell eds., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), Art. 95 nota 2.3.

inglés) respectivamente, ambas proveían la reserva que tenía de algún modo los efectos similares de aplicabilidad que las Leyes Uniformes sobre Venta mediante su restricción a contratos entre partes que tuvieran sus establecimientos en Estados Contratantes. Debido a las diferentes estructuras legales sobre las Leyes de la Haya y la CISG, sin embargo, la manera sobre el cual dicho efecto fue alcanzado difiere de los mecanismos utilizados por el artículo 95 CISG, y en consecuencia la guía ofrecida por tales instrumentos para el propósito de interpretación del artículo 95 CISG es más bien limitada.

b) Artículo 96 CISG

2.4 La historia sobre la redacción del artículo 96 CISG y su disposición acompañante, el artículo 12 CISG, resultaron en comparación sin incidentes. Ninguna de estas tenían precedentes en ULIS ni en ULF. Durante la preparación de la CISG dentro de la CNUDMI y durante la Conferencia Diplomática de Viena, las discusiones sobre una posible reserva acerca de los requisitos de forma fueron parte integrante de la política general en la discusión acerca del principio de libertad de forma bajo la Convención. El principio de libertad de forma (fundamentalmente incorporado ahora en el actual artículo 11 CISG) y su ámbito fueron desde el principio una de las cuestiones más controvertidas.⁷ Mientras que algunos países (en particular los entonces países socialistas) insistieron en requisitos formales para la celebración de contratos mercantiles internacionales, otros (en particular con economías occidentales) rechazaron tales requisitos por considerarlos imprácticos e inapropiados para operaciones comerciales internacionales. Una vez que la CNUDMI decidió a favor del principio de libertad de forma, la posibilidad de los Estados Contratantes de realizar una declaración contra tal principio fue introducida como un compromiso, a modo de reserva.

Una propuesta inicial de la CNUDMI para incluir una disposición similar a los artículos 12 y 96 CISG había sido ya hecha en 1971 por la URSS,⁸ país cuya legislación exigía que los términos contractuales fueran expresados en firma autógrafa. Después del compromiso mencionado arriba, la URSS continuó en ser el principal partidario de la reserva del actual artículo 96,⁹ esencialmente considerada por los otros Estados como un precio para que la URSS, así como otros Estados socialistas, aceptaran la Convención. Durante la Conferencia Diplomática de Viena, lo anterior se tradujo en la disposiciones de los artículos 12 y 96 CISG recibiendo relativamente poca atención de los delegados de la conferencia, ya que existía el acuerdo de que la principal preocupación era la aceptación de la reserva por parte de la URSS.¹⁰ Ciertas modificaciones sustanciales al lenguaje del artículo 96 CISG fueron propuestas durante la Conferencia Diplomática, a las cuales se hará referencia más adelante cuando sean relevantes para la interpretación de la disposición.

⁷ Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (1986), 44.

⁸ Ver II *UNCITRAL Yearbook* (1971), 48. Los antecedentes de tales redacciones eran más cercanas a los ahora artículos 12 y 96 CISG introducidos en 1977; ver John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1989) 326–27.

⁹ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4th ed. 2009), para. 129; Peter Schlechtriem & Martin Schmidt-Kessel, en *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3rd ed. 2010), Art. 12 para.1

¹⁰ Ver por ejemplo el comentario de Date-Bah (Ghana), *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 274: ‘... como el representante de los Estados Unidos pensó que el acuerdo alcanzado sobre el artículo 11 [se transformó en el artículo 12 CISG] fue designado para meramente eliminar los obstáculos que pudieran ser encontrados por la Unión Soviética.’

2.5 Una característica única de la reserva del artículo 96 CISG es su aparente ‘duplicación’ por el artículo 12 CISG. Las dos disposiciones son casi idénticas en su redacción, sin embargo el artículo 96 CISG se encuentra ubicado en la parte de las reservas admisibles por los Estados Contratantes bajo ciertas circunstancias (‘El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición [...] no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado’), mientras que el artículo 12 en su primera oración se enfoca en el efecto de la reserva (‘No se aplicará ninguna disposición [...] en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención’). Además, el artículo 12 CISG incluye una segunda oración anunciando su naturaleza obligatoria¹¹ que no tiene contraparte en el artículo 96 CISG.

Debido a la cercana relación entre los artículos 12 y 96 CISG, ambos fueron discutidos en conjunto en el Primer Comité, sin embargo el artículo 96 CISG pudo haber sido discutido de forma ordinaria dentro del Segundo Comité responsable de las reservas.¹² Una propuesta para unir las dos disposiciones en una fue realizada por el Primer Comité,¹³ pero fue rechazada.¹⁴ Dentro del texto de la Convención como fue eventualmente adoptado, el artículo 12 CISG es –estrictamente hablando– superfluo,¹⁵ como se evidencia por el hecho de que no hay otra reserva contenida en la Parte IV de la Convención acompañada por una disposición en la Parte I-III que gobierna su efecto en la aplicación de la CISG. Su inserción siguiendo inmediatamente el artículo 11 CISG puede, sin embargo, servir un propósito útil para llamar la atención al hecho de que el artículo 11 puede llegar a estar afectado por una reserva.¹⁶

3. Interpretación del Artículo 95 CISG

a) En general

3.1 La cuestión cubierta por el artículo 95 CISG es la aplicabilidad de la Convención de acuerdo con el artículo 1(1)(b) CISG, el cual establece que ‘[l]a presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes [...] cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante’. Una declaración bajo el artículo 95 CISG, cuando es realizada por un Estado Contratante, resulta en la reserva del Estado que ‘no quedará obligado’ por el artículo 1(1)(b) CISG, por lo tanto limitando la aplicación de la Convención. Los efectos precisos de la declaración del artículo 95 levantan un número importante de cuestiones que serán respondidas en detalle más adelante.

¹¹ Ver Comentario 4.24

¹² *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 271.

¹³ Documento A/CONF7.97/C.1/L.42, *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 91.

¹⁴ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 271.

¹⁵ Rolf Herber & Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht* (1991), Art. 12 para. 5; Ulrich G. Schroeter, ‘Backbone or Backyard of the Convention? The CISG’s Final Provisions’, en Andersen & Schroeter eds., *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on Occasion of his Eightieth Birthday* (2008) 427.

¹⁶ Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 129 nota al pie 2.

3.2 La importancia práctica del artículo 95 CISG no fue insignificante en los primeros años de la entrada en vigor de la Convención, en particular debido a que dos importantes Estados en el comercio internacional (la República Popular de China y los Estados Unidos de América) han hecho uso de esta reserva. En años recientes, su relevancia práctica ha disminuido por el creciente número de Estados Contratantes de la CISG, lo que ha incrementado la aplicación de la Convención vía el artículo 1(1)(a) CISG: en la actualidad, en la amplia mayoría de los casos, la CISG aplica debido a que ambas partes en un contrato de compraventa tienen su establecimiento en diferentes Estados Contratantes (Artículo 1(1)(a) CISG), por lo tanto el recurso a la aplicación del artículo 1(1)(b) CISG es innecesario. Existirá teniendo cierta importancia el artículo 1(1)(b) CISG (y la reserva del artículo 95 CISG relacionada), mientras no todos los Estados accedan a la Convención.

3.3 Los siguientes Estados han realizado la declaración del artículo 95 CISG: Armenia,¹⁷ la República Popular de China, San Vicente y las Granadinas, Singapur, y los Estados Unidos de América. De acuerdo con la opinión mayoritaria,¹⁸ la reserva de acuerdo con el artículo 95 se encuentra todavía en vigencia en la República Checa y Eslovaquia, debido a que la declaración hecha por la anterior Checoslovaquia cuando depositó su instrumento de ratificación en 1990 se extiende a estos dos Estados debido a los principios internacionales de sucesión de estados. Al menos, un tribunal ha confirmado el estatus de la República Checa como un Estado reservatorio del artículo 95.¹⁹

Además, Canadá inicialmente realizó una declaración del artículo 95 por la que estableció que su unidad territorial de la Columbia Británica no estaría obligada por el artículo 1(1)(b) CISG; sin embargo, esta declaración fue retirada en julio de 1992.

Alemania no realizó una reserva al artículo 95 cuando ratificó la Convención, pero hizo una declaración interpretativa que se relaciona con ciertos efectos del artículo 95 sobre otras reservas hechas por otros Estados Contratantes, lo cual será estudiado más adelante.²⁰

b) Ámbito de aplicación de la reserva

3.4 La cuestión cubierta por el artículo 95 CISG no causa ningún problema. Mientras que otras reservas bajo la CISG (principalmente aquellas de acuerdo con los artículos 93, 94 y 96) pueden ser solamente hechas por Estados Contratantes cuya legislación interna cumpla con ciertos requisitos previos, el artículo 95 CISG puede ser usado por cualquier Estado si así lo desea.²¹ Una reserva bajo el artículo 95 CISG sólo puede ser declarada al tiempo del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por un nuevo Estado Contratante, y no después.

¹⁷ La redacción de la declaración de Armenia dista de la redacción del artículo 95 CISG. Ver Comentario 3.5 abajo.

¹⁸ Ulrich Magnus, en *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (2013), Art. 95 para. 4; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 464. En Contra Fritz Enderlin, 'Vienna Convention and Eastern European Lawyers', *IBA International Sales Quarterly* (1997) 12.

¹⁹ Thüringer Oberlandesgericht en Jena, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980526g1.html>.

²⁰ Comentario 3.17.

²¹ Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 432.

3.5. Aún más, se desprende del artículo 98 CISG que una declaración bajo el artículo 95 CISG sólo puede ser hecha dentro del ámbito de aplicación y efectos autorizados en el artículo 95 CISG; la declaración de un Estado no puede por tanto, limitar, extender o de alguna otra manera variar el ámbito de aplicación de la reserva y sus efectos establecidos en el artículo 95 CISG. La declaración hecha por la República de Armenia sobre su adhesión a la Convención contiene tal variación, debido a los límites de la redacción de la no aplicación del artículo 1(1)(b) CISG para Armenia (i.e., los efectos de reserva), “para las partes que declaren no estar obligadas por [Artículo 1(1)(b) CISG]”.²² La frase anterior no puede ser encontrada en el artículo 95 CISG, y su propósito no es claro. Para los propósitos de la presente opinión, es suficiente decir que la redacción de la declaración de Armenia sigue sin efecto para la aplicación de la Convención por parte de los tribunales fuera de Armenia, ya que la reserva del artículo 95 CISG generalmente solo afecta la aplicación de la Convención por los tribunales del Estado declarante (una cuestión desarrollada a detalle más adelante).²³ El efecto que pueda tener la declaración de Armenia sobre su aparente incompatibilidad con los artículos 95 y 98 CISG acerca de la aplicación de la Convención por parte de los tribunales armenios es principalmente una cuestión de derecho interno que se encuentra fuera del ámbito de estudio de esta opinión.

c) Efectos de la reserva

3.6 Los efectos precisos de la reserva del artículo 95 sobre la aplicación práctica de la Convención levanta un número de cuestiones difíciles, siendo considerada ‘probablemente la más compleja’,²⁴ presentando ‘tal vez el mayor desafío de comprensión’²⁵ dentro de las reservas de la CISG.

Al analizar estas dificultades, es útil distinguir entre el efecto de la reserva del artículo 95 CISG en los tribunales de Estados Contratantes que han hecho la declaración del artículo 95 (Comentarios 3.7 et seq.), en aquellos tribunales de Estados Contratantes que no han hecho la declaración del artículo 95 (Comentarios 3.12 et seq.), en tribunales de Estados no Contratantes (Comentario 3.18) y en procedimientos arbitrales (Comentario 3.19).

aa) Efecto en los tribunales de Estados Contratantes que han hecho la declaración del artículo 95

1. Una declaración bajo el artículo 95 CISG exonera al Estado Contratante que la hizo cumplir con la obligación impuesta por el derecho internacional público de aplicar la Convención bajo el artículo 1(1)(b) CISG. Sin embargo, esta declaración no impide a los tribunales de dicho Estado que apliquen la Convención cuando sus normas de derecho internacional privado conducen a la aplicación del derecho de un Estado Contratante.

²² La declaración de Armenia es: “Con base al artículo 95 de la Convención, la República de Armenia declara que no aplicará el Artículo 1, subpárrafo (1)(b) de la Convención a las partes que declaren no estar obligadas por el Artículo 1, subpárrafo (1)(b) de la Convención.” (traducción no oficial al castellano).

²³ Comentario 3.12 et seq.

²⁴ Filip de Ly ‘Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues’, en Fawcett, Harris & Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), para. 16-128.

²⁵ Michael G. Bridge, ‘Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues’, en Fawcett, Harris & Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), para. 16-128.

3.7 Mientras que un estado Contratante declare que ‘no quedará obligado’ por el artículo 1(1)(b) CISG, el artículo 95 CISG deja claro que esta reserva meramente remueve la *obligación* de un Estado declarante bajo derecho internacional público de aplicar la Convención de acuerdo con el artículo 1(1)(b) CISG.²⁶ Hacer uso de la reserva no puede, por el contrario, por sí misma, impedir a los tribunales de un Estado declarante de aplicar la Convención en casos en donde los requisitos previos del artículo 1(1)(a) CISG no se cumplen, y ello es así debido a que la reserva del artículo 95 no invade la libertad de un Estado declarante en aplicar la Convención, a pesar de perder su obligación de hacerlo.²⁷

3.8 Tal cuestión es más probable que surja en la práctica en casos en que dos partes contratantes – al menos una que no tenga su establecimiento en un Estado Contratante de la CISG (en cuyo caso se aplicaría el artículo 1(1)(a) CISG) – escojan la Convención como la ley aplicable al contrato, ya sea mediante una ‘aislada’ elección de la CISG o mediante la elección del derecho de un Estado Contratante de la CISG. En tal caso, la mayoría de los tribunales aceptarían la elección de la CISG por las partes, respetando la autonomía de las partes en la medida en que es reconocida por las normas de derecho internacional privado del foro.²⁸ Al menos dos tribunales de segunda instancia de la República Popular de China, un Estado declarante del artículo 95 CISG, adoptó esta posición, aplicando la CISG a pesar de que los requisitos previos del artículo 1(1)(a) CISG no fueron cumplidos *in casu*.²⁹

3.9 Un Estado declarante del artículo 95 CISG – Singapur – ha incluido en su derecho interno una disposición específica por medio de la cual el legislador nacional explícitamente excluye la aplicación de la CISG en todos los casos en que el artículo 1(1)(a) no sea aplicable:

‘El sub-párrafo (1)(b) del artículo 1 de la Convención no deberá tener fuerza de ley en Singapur y conforme a ello la Convención se aplicará a contratos de compraventa de mercaderías solo entre aquellas partes que tengan su establecimiento en diferentes Estados cuando los Estados sean Estados Contratantes.’³⁰

Al menos tres tribunales federales de distrito de Estados Unidos han tomado la misma posición y sostenido que la *única* circunstancia en que la CISG puede ser aplicada en la corte de Estados Unidos es si todas las partes del contrato son Estados Contratantes.³¹ Es importante resaltar que esta evaluación no puede derivarse

²⁶ Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 440.

²⁷ Gary F. Bell, ‘Why Singapore should withdraw its reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’, 9 *Singapore Yearbook of International Law* (2005), 55 at 65; Michael G. Bridge, ‘Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues’, en Fawcett, Harris & Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), para. 16-134; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG* (2004), Art. 95 para. 1; Honnold, op. cit. (nota al pie 9), paras. 47.5, 47.6; Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem, en *Slechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3rd ed. 2010), Art. 95 para. 2; Kurt Siehr, en Honsell ed., *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2nd ed. 2010), Art. 1 para. 21.

²⁸ Johnny Herre, en Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas eds., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2011), Art. 95 para. 5.

²⁹ *Japan Taiping v. Jiangsu Shuntian*, Jiangsu Higher People’s Court, 2001, Case No. Su Jing Zhong Zi (2001) No. 011; *Japan Xingsheng v. Ningxia Capital Steel*, Ningxia Huizu Higher People’s Court, 2002, Case No. Ning Min Shang Zhong No. 36.

³⁰ Sub-sección 3(2) de la ley de Singapur sobre Compraventa de Mercaderías (Convención de Naciones Unidas) (traducción no oficial al castellano).

³¹ *Impuls v. Psion-Teklogix*, U.S. District Court [S.D. Florida], 22 noviembre de 2002, 234 F.Supp.2d 1267, 1272, disponible en

en si misma del artículo 95, el cual –como fue explicado anteriormente– no impide que un Estado declarante del artículo 95 aplique la Convención cuando no se cumplen los requisitos del artículo 1(1)(a) CISG.³²

Otro Estado Contratante de la CISG, que no ha hecho la declaración bajo el artículo 95 CISG –Países Bajos–, ha incluido en su derecho interno una disposición explícita en donde las normas de derecho internacional privado de un Estado declarante de la reserva del Artículo 95 lleva a la aplicación de derecho holandés: esta disposición³³ pide a los jueces extranjeros de Estados declarantes del artículo 95 que en aquellos casos en los que el derecho holandés es aplicable por virtud de normas de conflicto de derecho interno. no apliquen las disposiciones del Código Civil holandés sobre la compraventa³⁴ y en cambio que apliquen la CISG. Esta sugerencia no es obligatoria, por cierto, para los tribunales extranjeros pero mediante la promulgación de esta solución el derecho holandés ha señalado su preferencia a favor de una solución que amplifique la uniformidad en lugar de aplicarse la ley local holandesa sobre la compraventa.³⁵

2. La declaración bajo el artículo 95 CISG no tiene efecto alguno en cuanto a la aplicación de la Convención bajo el artículo 1(1)(a) CISG. Al aplicar el artículo 1(1)(a) CISG, es irrelevante si el Estado del foro ha hecho una declaración bajo el artículo 95 CISG o si una de las partes (o ambas) del contrato de compraventa tienen su establecimiento en un Estado que hizo una declaración bajo el artículo 95 CISG.

3.10 El lenguaje del artículo 95 CISG, autorizando a cualquier Estado a declarar que no quedará obligado ‘por el apartado (b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención’, vuelve claro que la aplicación del artículo 1(1)(a) CISG, *a contrario*, no queda afectada por esta reserva: los Estados Declarantes continúan obligados por el artículo 1(1)(a) CISG.³⁶

3.11 Para la aplicación del artículo 1(1)(a) CISG, no es relevante si una (o aún las dos) partes del contrato de compraventa tienen su establecimientos en Estados Contratantes que han hecho la reserva del artículo 95 CISG – la Convención se aplica de acuerdo con el artículo 1(1)(a) CISG. Este resultado explicarse, por un

inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021122u1.html>; *Prime Start v. Maher Forest Products*, U.S. District Court [W.D. Washington], 17 July 2006, *Internationales Handelsrecht* (2006), 259 at 260, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060717u1.html>; *Princess d’Isenbourg et Cie Ltd. v. Kinder Caviar, Inc.*, U.S. District Court [E.D. Kentucky], 22 February 2011, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110222u1.html>.

³² Contra *Prime Start v. Maher Forest Products*, U.S. District Court [W.D. Washington], 17 July 2006, *Internationales Handelsrecht* (2006), 259 at 260, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060717u1.html>: ‘Debido a que no todas las partes son de Estados que firmaron la CISG, la CISG no puede aplicar a esta disputa, aún y cuando un análisis tradicional de elección del derecho lleve a la aplicación del derecho de Estados Unidos (o uno de sus estados) o cualquier otro Estado contratante. En consecuencia, algún otro cuerpo jurídico diferente a la CISG aplica a ésta disputa’; como en Franco Ferrari, ‘Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of *Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al.*, 17 July 2006 (IHR 2006, 259)’, *Internationales Handelsrecht* (2006), 248 en 250; Claude Witz, ‘Droit uniforme de la vente internationale de marchandises – juillet 2006–décembre 2007’, *Recueil Dalloz* (2008), 2620 at 2621.

³³ Artículo 2 de la ley sobre implementación de la CISG del 18 de diciembre de 1991.

³⁴ Libro 7, Título 1 del Código Civil Holandés.

³⁵ De Ly, op. cit. (nota al pie 24) 10.

³⁶ *Valero Marketing v. Greeni Oy*, U.S. District Court [New Jersey], 15 June 2005, 373 F.Supp.2d 475, 482, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>; Schlechtriem, Schwenzler & Hachem, op. cit. (nota al pie 27), Art. 95 para. 2; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 440.

lado, por la falta de efectos que una declaración del artículo 95 CISG tiene sobre el artículo 1(1)(a) CISG.³⁷ Por otro lado, también puede explicarse en razón del estatus del Estado declarante como ‘Estado Contratante’ dentro del significado utilizado por el artículo 1(1) CISG, que no queda alterado por la declaración del artículo 95 CISG (un punto que es tratado más adelante en el Comentario 3.14). Sin embargo, al menos un tribunal de un Estado Contratante lo pasó por alto.³⁸

bb) Efecto en los tribunales de Estados Contratantes que no han hecho la declaración del artículo 95 CISG

3. Cuando el foro se encuentra en un Estado Contratante que no ha hecho declaración alguna bajo el artículo 95 CISG, la Convención se aplica conforme al artículo 1(1)(b) aunque las normas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación del derecho de un Estado Contratante que hizo una declaración bajo el artículo 95 CISG.

3.12 En Estados Contratantes que no han hecho la declaración bajo el artículo 95 CISG, los tribunales no se encuentran obligados a aplicar el artículo 1(1)(b) CISG. El artículo 1(1)(b) CISG por el contrario provee que la Convención se aplica a contratos de compraventa de mercaderías cuando las normas de derecho internacional privado llevan a la aplicación de la ‘ley de un Estado Contratante’. Es una cuestión discutida si esta condición se cumple cuando las normas de derecho internacional privado del foro llevan a la aplicación de la ley de un Estado declarante del artículo 95.

3.13 La constelación de supuestos en donde la disputa mencionada es relevante es extremadamente rara en la práctica. Del mismo modo casi no existe jurisprudencia en éste punto. La hipótesis requiere que una disputa que nazca de un contrato bajo la CISG se dirima ante un tribunal de un Estado Contratante que no haya hecho la declaración bajo el artículo 95 CISG, y que por lo menos una de las partes del contrato de compraventa tenga su establecimiento en un Estado no Contratante. La razón para el anterior requisito es que el artículo 1(1)(a) CISG se aplica en cualquier caso en que las partes tienen sus establecimiento en Estados Contratantes, por lo tanto el artículo 1(1)(b) CISG no tiene relevancia. Debido a que un alto número de Estados han adoptado la CISG en años recientes, la vasta mayoría de los casos que ocurren en la práctica quedan amparados bajo el artículo 1(1)(a) CISG, haciendo que la aplicabilidad del artículo 1(1)(b) CISG sea poco frecuente. Además, es necesario que las normas de derecho internacional privado del foro lleven a la aplicación del derecho del Estado Contratante (el artículo 1(1)(b) CISG) que ha hecho una reserva del artículo 95 CISG.

3.14 De acuerdo con la opinión que consideramos preferible,³⁹ la Convención se aplica de acuerdo con el artículo 1(1)(b) aún cuando las normas de derecho internacional privado llevan a la aplicación de la ley del

³⁷ Comentario 3.10 arriba.

³⁸ Thüringer Oberlandesgericht en Jena (Alemania), 26 Mayo 1998, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980526g1.html>: La aplicabilidad de la Convención a contratos entre un vendedor de la República Checa (como un Estado declarante del Artículo 95) y un comprador alemán no se basó en el artículo 1(1)(a) CISG, sino en la elección de las partes, durante el curso del procedimiento, en favor de la CISG.

³⁹ Bell, op. cit. (nota al pie 27), 55 at 63–4 (con ciertas dudas); Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-135; Michael Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice* (2nd ed. 2007), para. 11.46; Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, *International*

Estado Contratante que ha hecho una declaración del artículo 95, debido a que tal declaración no afecta el estatus del Estado declarante como ‘Estado Contratante’.⁴⁰ Esto se aclara cuando se compara la redacción del artículo 95 CISG con sus declaraciones vecinas. los artículos 92, 93 y 94 CISG. Estas últimas reservas contienen disposiciones que conllevan ciertas consecuencias jurídicas para los Estados Contratantes:

‘Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.’⁴¹

El artículo 92(2), artículo 93(3) y artículo 94(2) CISG por tanto proveen que una declaración bajo estas disposiciones priva al Estado declarante de su estatus como ‘Estado Contratante’ a los efectos del artículo 1(1) CISG. El artículo 95 CISG, por el contrario, no contiene tal disposición. Siempre que las normas de derecho internacional privado llevan a la aplicación de un Estado declarante de la reserva del artículo 95, se está llegando, por lo tanto, a la aplicación de la ley de un ‘Estado Contratante’ como fue descrito por el artículo 1(1)(b) CISG. Debido a que las condiciones del artículo 1(1)(b) CISG se encuentran en consecuencia cumplidas, los tribunales de Estados Contratantes deben de aplicar la Convención.

3.15 La interpretación sugerida aquí se encuentra además apoyada por la historia de la redacción del artículo 95 CISG. Cuando la disposición fue introducida durante la Conferencia Diplomática de Viena, la delegación de Checoslovaquia propuso una redacción alternativa del siguiente tenor:

‘2) La presente Convención no se aplicará si las normas de derecho internacional privado establecen la aplicación de la ley de un Estado que haga una declaración conforme al párrafo precedente, salvo que las partes en el contrato tengan sus establecimientos en Estados contratantes diferentes.’⁴²

En la presentación de dicha propuesta de la reserva, el delegado *Kopac* (Checoslovaquia) explicó:

‘Se presentan dos variantes para el nuevo artículo propuesto. La variante I consta de dos párrafos. Si se adoptara esa variante, las disposiciones de su párrafo 2) significarían que la exclusión de la aplicación de la Convención sería la misma en todos los Estados contratantes. La variante II consta de un solo párrafo, que es el primer párrafo del artículo C *bis* tal como aparece en el documento A/CONF.97/L.4.’⁴³

Sales Law (1992), Art. 95 nota 1; Franco Ferrari, en Schlechtriem & Schwenzler eds., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG)* (5th ed. 2008), Art. 1 para. 78; Herre, op. cit. (nota al pie 28), Art. 95 para. 9; Martin Karollus, *UN-Kaufrecht* (1991) 31; Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht* (2nd ed. 2008), para. 2-104; Schlechtriem, Schwenzler & Hachem, op. cit. (nota al pie 27), Art. 95 para. 3; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 446; Siehr, op. cit. (nota al pie 27), Art. 1 para. 18.

⁴⁰ Bell, op. cit. (nota al pie 27), 55 at 63-4; Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-136; Ferrari, op. cit. (nota al pie 39), Art. 1 para. 78; Herre, op. cit. (nota al pie 28), Art. 95 para. 8; Schlechtriem, Schwenzler & Hachem, op. cit. (nota al pie 27), Art. 95 para. 3; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 446. Contra Schlechtriem, op. cit. (nota al pie 7), 26-7.

⁴¹ Artículo 92(2) CISG. Disposiciones similares son contenidas en el artículo 93(3) y artículo 94(2) CISG.

⁴² Documento A/CONF.97/L.4 (Variante I), *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 183.

⁴³ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 249.

Los delegados optaron por la variante II⁴⁴ que, salvo dos cambios menores de redacción,⁴⁵ es idéntica al actual artículo 95 CISG; por lo tanto, se rechazó de forma intencional una reserva de acuerdo con la cual ‘la exclusión de la aplicación de la Convención puede ser la misma en todos los Estados Contratantes’.⁴⁶

3.16 Sin embargo, un número significativo de autores⁴⁷ argumenta que, cuando las normas de derecho internacional privado del foro, aplicadas de conformidad con el artículo 1(1)(b) CISG, conducen a la aplicación de la ley de un Estado declarante del artículo 95 CISG, los tribunales de un Estado Contratante tendrán que aplicar el derecho interno del Estado declarante (y no la CISG). El razonamiento subyacente es que la ley del Estado Contratante al que las normas de derecho internacional privado se refieren debe ser aplicada de la misma manera a como lo haría un juez de un Estado Contratante aplicando su derecho: La CISG no debería ser aplicada cuando –como resultado de la reserva del artículo 95 en dicho Estado– un juez de dicho Estado no aplicaría la CISG.⁴⁸

La verdadera diferencia entre dos interpretaciones en conflicto no reposa en una lectura diferente del artículo 95 CISG, pero sí en una lectura diferente del artículo 1(1)(b), lo cual afecta al rol que juega en el estatus de un Estado declarante del artículo 95 CISG la aplicación del artículo 1(1)(b) CISG. La presunción esencial que subyace a la opinión aquí criticada es que las normas de derecho internacional privado del foro, cuando se aplican conforme al artículo 1(1)(b) CISG, conducen a la aplicación del derecho de un Estado al que las normas de derecho internacional privado se refieren, orden jurídico al cual pertenece la Convención. Esta presunción es incorrecta. La razón se torna evidente al leer el texto del artículo 1(1)(b) CISG en su totalidad, incluyendo su frase introductoria: ‘*La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: [...] cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.*’.⁴⁹ Es por tanto ‘la presente Convención’ la que el juez de un Estado Contratante debe de aplicar cuando sus normas de derecho internacional privado del foro llevan a la aplicación de la ley de un Estado Contratante, y *no* ‘a la ley de un Estado Contratante’ (que pudo o no haber hecho una declaración bajo el artículo 95 CISG).⁵⁰ La opinión en

⁴⁴ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 249. Variante II, la cual fue eventualmente la única redacción para votación, fue aceptada por 24 votos contra 7, con 16 abstenciones.

⁴⁵ Cf. *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 249-250.

⁴⁶ Pero ver Peter Winship, ‘The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts’, en Galston & Smit eds., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1984), 1-27 et seq., quien alega que este rechazo se basó más en la complejidad de la propuesta de último minuto que en su contenido.

⁴⁷ Christoph Benicke, en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (2nd ed. 2007), Art. 1 para. 39; Evans, op. cit. (nota al pie 6), Art. 95 nota 3.4; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises: Droit uniforme* (2000), nota 116; Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 47.5; Felix Maultzsch, ‘Die Rechtsnatur des Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG zwischen internationaler Abgrenzungsnorm und interner Verteilungsnorm’, in Büchler & Müller-Chen eds., *Private Law: national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* (2011), 1225; Karl H. Neumayer & Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente internationale de Marchandises* (1993), Art. 1 nota 8; Ingo Saenger, en Bamberger & Roth eds., *Bürgerliches Gesetzbuch* (2nd ed. 2007), Art. 1 para. 19; Schlechtriem, op. cit. (nota al pie 7), 26–7; Winship, op. cit. (nota al pie 47), 1-27; Witz, op. cit. (nota al pie 32) 2621.

⁴⁸ Evans, op. cit. (nota al pie 6), Art. 95 note 3.1 et seq: ‘No parecen existir dificultades con respecto a esta disposición si una corte en un Estado que toma la reserva del Artículo 95 (Estado A) encuentra su propio derecho como aplicable, pero pueden nacer problemas delicados si tal corte encuentra que la ley de otro Estado Contratante (Estado B) es aplicable...’ (traducción no autorizada)

⁴⁹ Énfasis añadido.

⁵⁰ Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-30.

contrario en cambio lee la frase parcial ‘prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante’ como un llamamiento a la aplicación de tal ley de dicho Estado, confundiendo la causa y el efecto bajo el artículo 1(1)(b) CISG. Por lo tanto, dicha interpretación no debe seguirse.

3.17 La situación jurídica de la República Federal Alemana presenta retos particulares, debido a que adoptó una declaración interpretativa⁵¹ sobre esta cuestión al acceder a la Convención,⁵² cuyo contenido es además repetido en el derecho interno Alemán (*Vertragsgesetz*).⁵³ A los efectos de la presente opinión, es suficiente decir que la declaración interpretativa de Alemania no tiene efecto en la aplicación de la Convención por los tribunales fuera de Alemania,⁵⁴ debido a que la declaración es incompatible con el artículo 7(1) CISG,⁵⁵ que atribuye la interpretación de la Convención a los tribunales y no al gobierno o a parlamento de cada Estado Contratante.⁵⁶ La situación en los tribunales en Alemania resulta afectada ampliamente por cuestiones de derecho interno y no requiere un tratamiento específico en esta opinión.⁵⁷

cc) Efecto en los tribunales de Estados no Contratantes

3.18 Cuando el foro se encuentra localizado en un Estado no Contratante, no existe desde el principio una obligación de cualquier tipo bajo el derecho internacional público de tomar en cuenta el artículo 95 CISG, ya que no existe la obligación de aplicar el artículo 1(1)(b) CISG: ambas disposiciones se encuentran solamente dirigidas a Estados Contratantes de la CISG.⁵⁸ Cualquier efecto que el artículo 95 CISG pueda tener por tanto resulta de las normas de derecho internacional privado del foro,⁵⁹ y es por tanto un mero efecto ‘indirecto’. Un efecto indirecto de este tipo nacerá usualmente cuando las normas de derecho internacional privado de un Estado no Contratante lleven a la aplicación de un Estado Contratante de la CISG que ha hecho una reserva bajo el artículo 95: En tal caso, es probable que el tribunal del Estado no Contratante aplique el derecho interno del Estado y no de la CISG, debido a que el juez en tal Estado –en vista de la no aplicación del artículo 1(1)(b) CISG –haría lo mismo.⁶⁰

⁵¹ Ferrari, op. cit. (nota al pie 39), Art. 1 para. 79; Herber & Czerwenka, op. cit. (nota al pie 15), Art. 1 para. 19; Magnus, op. cit. (nota al pie 18), Art. 1 para. 112; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 454.

⁵² Ver Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 454.

⁵³ Artículo 2 del *Vertragsgesetz (Ley sobre la Compraventa)* Alemán. Ver a mayor detalle Ulrich G. Schroeter, en Schlechtriem & Schwenzer eds., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG)* (5ta ed. 2008), Art. 2 VertragsG para. 1 et seq.

⁵⁴ Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 455; Marco Torsello, ‘Reservations to international uniform commercial law Conventions’, *Uniform Law Review* (2000), 85 at 117.

⁵⁵ Ferrari, op. cit. (nota al pie 32) 251; Magnus, op. cit. (nota al pie 18), Art. 2 VertragsG para. 6; Torsello, op. cit. (nota al pie 55), 85 at 117.

⁵⁶ Ver Jürgen Basedow, ‘Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties’, *Uniform Law Review* (2006), 731 at 735: ‘Con la excepción de reservas permitidas en la convención, el tratado vinculante solo deja a los legisladores escoger entre “si” y “no”’ (traducción no autorizada).

⁵⁷ Ver Magnus, op. cit. (nota al pie 17), Art. 2 VertragsG para. 6; Schroeter, op. cit. (nota al pie 55), Art. 2 VertragsG para. 1 et seq.

⁵⁸ Peter Schlechtriem & Ulrich G. Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht* (5th ed. 2013), para. 34.

⁵⁹ Ver Thomas Kadner Graziano, ‘The CISG Before the Courts of Non-Contracting States? Take Foreign Sales Law As You Find It’, *13 Yearbook of Private International Law* (2011), 165 al 174.

⁶⁰ Oberlandesgericht Koblenz (Alemania), 17 septiembre de 1993, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>: ‘Si, como en éste caso, las normas de conflicto de un Estado no Contratante – que en su momento era Alemania [i.e. la conclusión del contrato] – refieren al derecho interno de un Estado Contratante que no ha hecho la declaración del artículo 95 CISG, la CISG se aplica de acuerdo con el Art. 1(1)(b) CISG siempre que los otros requisitos previos para su aplicación hayan sido cumplidos. El derecho interno de un Estado Contratante es por tanto sustituido por la

dd) Efecto en procedimientos arbitrales

3.19 El efecto del artículo 95 CISG en procedimientos arbitrales es similar a sus efectos que tiene en Estados no Contratantes (comentario 3.18 arriba), debido a que la Convención no crea ninguna obligación a tribunales arbitrales (ya sea que se encuentre el arbitraje localizado en un Estado Contratante de la CISG o no),⁶¹ ni tampoco obliga a Estados Contratantes con respecto a tribunales arbitrales que se encuentran localizados en dicho Estado.

La aplicación del artículo 1(1)(b) CISG (y del artículo 95 CISG que queda afectado por dicha aplicación) puede por tanto, de nuevo, ser una aplicación ‘indirecta’, creada y gobernada por la *lex arbitri* y por las normas de arbitraje acordadas por las partes, y no por la Convención en sí misma. La mayoría de las veces las normas de derecho internacional privado que deben observarse por el tribunal arbitral suelen ser más flexibles en su contenido que aquellas que deben ser observadas por los jueces.

4. Interpretación del artículo 96 CISG

a) En general

4.1 La materia de estudio del artículo 96 CISG es el principio de libertad de forma provisto en varias disposiciones de la Convención, mayormente en el artículo 11 CISG. La reserva bajo el artículo 96 CISG, cuando es hecha por un Estado Contratante, excluye la aplicación de ciertas disposiciones de la CISG incorporando el principio de libertad de forma. Este efecto de la declaración del artículo 96 CISG es además enunciado en el artículo 12 CISG, en sustancia, una repetición del artículo 96 CISG.⁶² Las condiciones previas así como la naturaleza precisa de los efectos de la declaración del artículo 96 son, sin embargo, cuestionables (ver comentario 4.1 et seq. abajo).

4.2 La importancia práctica de los artículos 12 y 96 CISG se ve principalmente influenciada por la importancia de las relaciones comerciales que involucra a partes de Estados declarantes del artículo 96, debido a que los efectos de la reserva aplican de cualquier modo cuando al menos una de las partes de un contrato de compraventa tiene su establecimiento en dicho Estado.⁶³ La reserva del artículo 96 es la más popular dentro de Estados CISG declarantes y el hecho que dos países cuyo comercio exterior es de envergadura la hayan efectuado (la República Popular de China y la Federación Rusa) le confiere una relevancia especial. Un segundo factor que contribuye a su importancia práctica es el efecto legal de los requisitos por escrito, cuya aplicabilidad se ve influenciada por la reserva del artículo 96 CISG.⁶⁴ Debido a que tales requisitos usualmente afectan la validez de contratos de compraventa o su cumplimiento (mediante

Convención [citas omitidas]. Francia no ha hecho la declaración bajo el Art. 95 CISG [...], por lo tanto la Convención se aplica’ (traducción no autorizada); Kadner Graziano, op. cit. (nota al pie 59), 165 at 177.

⁶¹ Schlectriem & Schroeter, op. cit. (nota al pie 58), para. 34.

⁶² Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 129 nota al pie 2. Ver también el comentario 2.5 arriba.

⁶³ Ver comentario 4.14 abajo.

⁶⁴ Para el efecto preciso sobre la declaración del Artículo 96, ver Comentario 4.10 et. seq. abajo.

normas de prueba), su aplicación es usualmente decisiva para el éxito de reclamaciones realizadas bajo un contrato CISG.

4.3 Los siguientes Estados han hecho la declaración del artículo 96 que se mantiene vigente en: Argentina, Armenia, Bielorrusia, Chile, Hungría, Paraguay, la Federación Rusa,⁶⁵ y Ucrania.

Estonia realizó la declaración del artículo 96 al momento de ratificar la Convención el 20 de septiembre de 1983, pero subsecuentemente retiró dicha declaración el 9 de marzo de 2004.⁶⁶ El 13 de noviembre del 2012 Letonia⁶⁷ y el 1 de noviembre de 2013 Lituania⁶⁸ del mismo modo retiraron las declaraciones bajo el artículo 96 que habían realizado al momento de su adhesión respectiva a la Convención.

Además, la República Popular de China hizo una declaración que aunque no corresponde precisamente a la redacción del artículo 96, debe de entenderse como una declaración del artículo 96.⁶⁹ China retiró su declaración el 16 de enero de 2013.⁷⁰

4.4 Una declaración del artículo 96 puede ser realizada ‘en cualquier momento’, esto es, no solamente al tiempo de la firma, ratificación o adhesión del Estado interesado en la Convención, pero también en cualquier momento subsecuente. Al momento de la adopción de la Convención en 1980, esta flexibilidad fue vista como una consideración muy importante, debido a que era de esperarse que algunos Estados (en particular de países en vías de desarrollo) pudieran introducir requisitos de forma en sus leyes internas después de haberse vuelto Estados Contratantes de la CISG,⁷¹ y puede por tanto ser de interés tener la ventaja del artículo 96 CISG. En práctica, esta predicción no se ha materializado: Ningún Estado Contratante ha hecho la declaración del artículo 96 después de haber accedido a la Convención.

b) Ámbito de aplicación de la reserva

aa) Requisitos previos para declaraciones bajo el artículo 96 CISG

4. Sólo aquellos Estados cuya legislación exija que todos los contratos de compraventa regidos por la Convención sean celebrados o probados por escrito pueden hacer una declaración bajo el artículo 96 CISG.

⁶⁵ La declaración hecha por la antigua U.R.S.S. se extiende a la Federación Rusa de acuerdo con los principios de sucesión de estado; Presídium de la Suprema Corte de Arbitraje de la Federación Rusa, 25 de marzo 1997, Resolución No. 4670/96, traducida en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970325r1.html>.

⁶⁶ De acuerdo con el artículo 97(4) CISG el retiro entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

⁶⁷ De acuerdo con el artículo 97(4) CISG el retiro tomó efecto el 1 de junio de 2013.

⁶⁸ De acuerdo con el artículo 97(4) CISG el retiro tomó efecto el 1 de junio de 2014.

⁶⁹ Ver a más detalle Comentarios 4.8 y 4.9 abajo.

⁷⁰ De acuerdo con el artículo 97(4) CISG el retiro tomó efecto el 1 de agosto de 2013.

⁷¹ Observaciones del delegado Sami (Irak), *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 296; Rajski, in Bianca & Bonell eds., op. cit. (nota al pie 6), Art. 96 nota 2.1.

4.5 El artículo 96 CISG restringe la realización de declaraciones de acuerdo con el artículo 12 CISG a Estados Contratantes cuya legislación requiere que todos los contratos de compraventa se encuentren gobernados por la Convención se concluyan o prueben por escrito.⁷² Aunque esto no surge de manera aparente de la versión en inglés del artículo 96 CISG ('El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito...'), esta interpretación se encuentra apoyada por los antecedentes de redacción del artículo. Durante la Conferencia Diplomática de Viena, la delegación de los Países Bajos propuso una redacción alternativa de lo que se convirtió en el artículo 96 CISG:

'El Estado contratante cuya legislación exija que *todos los contratos* de compraventa o *ciertos tipos* de contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá [...] hacer una declaración [...] de que cualquier disposición [...] que permita que la celebración [...] del contrato [...] se haga por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará a los contratos de que se trate en el caso de que una de las partes [...]'⁷³

En la octava reunión del Primer Comité, la enmienda por los Países Bajos fue discutida de manera extensa⁷⁴ y subsecuentemente rechazada por 11 votos a favor y 16 en contra,⁷⁵ demostrando claramente demuestra el rechazo de los delegados al texto de una reserva que podría haber sido usada por los Estados cuya ley prescribe un requisito de forma solamente para ciertos tipos de contratos de compraventa. Además, la versión francesa del artículo 96 CISG la cual dice "*les contrats de vente*" fue también entendida como requisito de que el derecho interno impone dicha forma a todos los contratos de compraventa.⁷⁶

Por consiguiente, la legislación del Estado Contratante debe requerir que todos los contratos de compraventa sean concluidos o evidenciados. por escrito para poder darle derecho a la reserva del artículo 96. Por supuesto, este requisito previo solamente se refiere a contratos de compraventa gobernados potencialmente por la Convención; no es relevante si los contratos de compraventa que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Convención – como por ejemplo contratos para consumo o compraventa de inmuebles – están sujetos o no a un requisito de forma.

En contra del antecedente histórico descrito arriba, un criterio minoritario y poco convincente sostiene que el artículo 96 CISG no debe de ser leído como una imposición o un límite particular sobre el contenido requerido y alcance de la legislación⁷⁷ interna del Estado declarante.

bb) Falta de requisitos previos y sus efectos

5. Las declaraciones realizadas al amparo del artículo 96 CISG deben ser cumplidas por los tribunales

⁷² Alejandro M. Garro, 'The U.N. Sales Convention in the Americas: Recent Developments', 17 *Journal of Law and Commerce* (1998), 219 at 228; Herre, op. cit. (nota al pie 28), Art. 96 para. 4; Rajski, op. cit. (nota al pie 71), Art. 96 note 3.1; Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, op. cit. (nota al pie 28), Art. 96 para. 2: 'debe básicamente existir para todos los contratos de compraventa' (traducción no autorizada); Ulrich G. Schroeter, *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen* (2005), § 6 para. 303; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 432.

⁷³ Documento A/CONF.97/C.1/L.76, *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 99.

⁷⁴ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 292 et seq.

⁷⁵ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 99.

⁷⁶ Declaración del delegado Meijer (Países Bajos), *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 293.

⁷⁷ Enderlein & Maskow, op. cit. (nota al pie 39), Art. 96 note 2; Torsello, op. cit. (nota al pie 55), 85 at 111. Un enfoque más flexible que el aquí aconsejado es también tomado por Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-138 quien propone conferir la facultad de hacer la reserva del artículo 96 CISG a Estados 'que requieren que al menos algunos contratos comerciales de compraventa deban cumplir el requisito por escrito'.

de los Estados Contratantes hasta que la declaración sea retirada conforme al artículo 97(4) CISG, aun cuando los requisitos para tal declaración no se hayan cumplido o no se cumplan más.

4.6 Con respecto a algunos a algunos Estados Contratantes que han hecho la declaración de la reserva del artículo 96, algunos autores han dudado si los requisitos legales previos para realizar dicha declaración fueron o siguen siendo cumplidas. Tales dudas han sido planteadas por las declaraciones al artículo 96 hechas por Argentina y Chile, debido a que ni la legislación argentina ni la chilena prescriben una regla obligatoria sobre la forma escrita para contratos de compraventa.⁷⁸ Con respecto a la declaración original de la República Popular de China,⁷⁹ las mismas dudas se suscitaron después de la reforma a la ley contractual de China mediante la promulgación de su Ley Contractual Uniforme de 1999,⁸⁰ debido a que esta nueva ley ya no requiere que todos los contratos de compraventa internacional sean celebrados por escrito.⁸¹

4.7 La posibilidad de que las declaraciones hechas o mantenidas sobre el artículo 96 CISG a pesar de que dichos requisitos legales para tal reserva no existan, suscita la pregunta sobre el efecto que ello tiene para la aplicación práctica de la Convención: ¿Pueden (o deben) los tribunales abstenerse de observar tal declaración y consecuentemente aplicar el principio de libertad de forma consagrado en la Convención? La respuesta es negativa: el artículo 97(4) CISG designa el único camino por el cual el efecto de una reserva puede ser removido, i.e. mediante el retiro por una notificación formal por escrito dirigida al Secretario General de la ONU en su rol como depositario de la Convención (artículo 89 CISG). El procedimiento provisto en el artículo 97(4) CISG por tanto prohíbe a los tribunales de los Estados Contratantes que realicen sus propias evaluaciones acerca de su compatibilidad con las leyes internas con los requisitos previos del artículo 96. Las declaraciones que han sido realizadas bajo el artículo 96 deben en consecuencia ser observadas por los tribunales de los Estados Contratantes, especialmente si los requisitos previos de tal declaración donde no fueron o no han sido cumplidos, hasta que tal declaración ha sido retirada de acuerdo con el artículo 97 CISG.⁸²

El punto de vista contrario, que sostiene que una reserva debe de ser considerada como ineficaz cuando sus condiciones no son satisfechas y debe ser desechada por los tribunales,⁸³ crea un grado significativo de falta de certeza legal y no es por lo tanto aconsejable seguirlo.

cc) Declaraciones confusas

⁷⁸ Garro, op. cit. (nota al pie 72) 229; Franco Ferrari, 'Writing Requirements: Article 11–13', en Franco Ferrari et al. eds., *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (2005) 214 nota al pie 64.

⁷⁹ Ver Comentario 4.8 adelante.

⁸⁰ Xiaolin Wang & Camilla Baasch Andersen, 'The Chinese Declaration against Oral Contracts under the CISG', 8 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2004), 145 at 152; Lutz-Christian Wolff, 'VR China: Neue IPR-Regeln für Verträge', *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2008), 55 at 57; Dong Wu, 'CIETAC's Practice on the CISG', *Nordic Journal of Commercial Law* (2005) #2 at 12-13; Fan Yang, 'The Application of the CISG in the Current PRC Law and CIETAC Arbitration Practice', *Nordic Journal of Commercial Law* (2006) #2 at 15.

⁸¹ El artículo 10 de la Ley Contractual Uniforme de China: 'Un contrato puede ser por escrito, así como en cualquier otra forma' (traducción no oficial).

⁸² Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 436; de acuerdo Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, op. cit. (nota al pie 27), Art. 96 para. 2.

⁸³ Torsello, op. cit. (nota al pie 55), 85 at 111 and 117; Wolff, op. cit. (nota al pie 80), 55 at 57 nota al pie 38; probablemente también Harm Peter Westermann, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (6th ed. 2012), Art. 12 para. 3.

4.8 El alcance exacto de una reserva del artículo 96 (y, siendo determinado por su alcance, también el efecto de la reserva) es más difícil de evaluar cuando un Estado Contratante ha hecho una declaración que no es conforme con la redacción del artículo 96 CISG. Tal es el caso de la declaración hecha por la República Popular de China con la aprobación de la Convención (que desde entonces ha sido retirada⁸⁴). La declaración China, en su parte relevante, decía lo siguiente:

‘La República Popular de China no se considera por si misma obligada por [...] el artículo 11 así como la disposición de la Convención que se relaciona con el contenido del artículo 11.’

La declaración de China implica la declaración provista por el artículo 96, pero su lenguaje no abarca lo suficiente. En particular, no hace referencia al artículo 29 CISG, y puede por tanto introducir incertidumbres sobre si la República Popular de China también quisiera excluir la aplicación de dichas disposiciones o quisiera dejarlas sin modificarlas. La segunda interpretación significaría que los efectos de la declaración China del artículo 96 CISG solamente se aplica a la celebración del contrato, pero no a la terminación o modificación del contrato.⁸⁵

4.9 La interpretación de la confusa declaración hecha por la República Popular de China debe ser guiada por el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en conjunción con el artículo 98 CISG. Cuando son leídos en conjunto, ambas disposiciones indican que todas las reservas deben de ser interpretadas de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. Por lo tanto, a la luz del objeto y propósito del artículo 98 CISG, debe de ser interpretado como invocación a los artículos 92–96 CISG (solamente) de acuerdo con los requisitos previos de la respectiva reserva y los efectos establecidos en tales disposiciones.⁸⁶ De acuerdo con esta guía interpretativa, la declaración de la República Popular de China debe de ser entendida no solo cubriendo el artículo 11 CISG, sino también las otras disposiciones de la Convención que permiten la celebración, modificación o terminación oral o tácita de los contratos regidos por la CISG, ya que esta redacción se ajusta al alcance y efecto dispuesto en el artículo 96 CISG.⁸⁷ La jurisprudencia (aunque de manera implícita) ha confirmado este punto de vista, invocando los requisitos de forma para toda modificación contractual en aquellos supuestos donde se aplica la declaración china del artículo 96.⁸⁸

c) Efectos de la declaración

aa) Exclusión de la obligación de Estados Contratantes de aplicar las disposiciones de la Convención sobre libertad de forma (efecto ‘negativo’ de la reserva)

⁸⁴ Ver Comentario 4.3.

⁸⁵ James E. Bailey, ‘Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales’, 32 *Cornell International Law Journal* (1999) 273 en 312.

⁸⁶ Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 451.

⁸⁷ Wang & Andersen, op. cit. (nota al pie 80), 145 at 146. *Contra* Bailey, op. cit. (nota al pie 85) 273 at 312.

⁸⁸ *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation*, U.S. District Court (S.D. Fla.), 19 Mayo 2008, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>.

6. En el caso de que cualquiera de las partes del contrato de compraventa tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 CISG,

6.1 ningún Estado Contratante se encuentra obligado bajo el derecho internacional público a aplicar disposición alguna del artículo 11 CISG, artículo 29 CISG ni de la Parte II de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito (artículo 12 CISG).

6.2 [...].

4.10 La realización de una reserva del artículo 96 ante todo excluye la obligación bajo derecho internacional público de aplicar las disposiciones de libertad de forma de la Convención, aplicación a la que de otra forma se encontraría obligado un Estado Contratante (lo que aquí se refiere como un efecto ‘negativo’ de la declaración del artículo 96⁸⁹). En términos de aplicación práctica de la CISG, las declaraciones bajo el artículo 96 por tanto reducen⁹⁰ la aplicabilidad del principio de libertad de forma bajo la Convención.

4.11 De acuerdo con el lenguaje de los artículos 12 y 96 CISG, el efecto ‘negativo’ de la reserva se extiende a ‘cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito.’ El alcance de este efecto es al mismo tiempo relevante para la aplicación doméstica de los requisitos de forma en relación a contratos regidos por la CISG (lo que será discutido más adelante), ya que define el alcance para tal aplicación: más allá del alcance del efecto ‘negativo’ de la reserva, la obligación de los Estados Contratantes de aplicar las disposiciones de libertad de forma de la Convención siguen sin afectarle, debiendo desecharse los requisitos de forma impuestos por el derecho interno.

(1) Declaraciones contractuales afectadas

4.12 El acuerdo que afecta la reserva hecha bajo el artículo 96 CISG solamente se extiende a los tipos de declaraciones contractuales que son específicamente mencionadas en los artículos 12 y 96 CISG, y no otros.⁹¹ Lo que es menos claro es el ámbito de aplicación de las declaraciones mencionadas en dichas disposiciones. La redacción de los artículos 12 y 96 CISG enlista un número de acuerdos entre las partes – contratos de compraventa (artículos 14, 18 y 23 CISG); modificación del contrato de compraventa (artículo 29(1) en conjunto con los artículos 14, 18 CISG); terminación de un contrato de compraventa por acuerdo entre las partes (artículo 29(1) en conjunto con los artículos 12, 18 CISG) – así como declaraciones unilaterales – oferta (artículo 14 CISG) y aceptación (artículo 19 CISG) –, pero después se refiere a ‘o cualquier manifestación de intención’. El significado de esta declaración abierta cuyo es un tema

⁸⁹ Ver Ulrich G. Schroeter, ‘The Cross-Border Freedom of Form Principle Under Reservation: The Role of Articles 12 and 96 CISG in Theory and Practice’, 31 *Journal of Law and Commerce* (próximo en 2014).

⁹⁰ El artículo 96 CISG no excluye *del todo* el principio de forma consagrado en varias disposiciones a lo largo de la Convención, ya que el efecto de la reserva es limitado en su alcance. Ver en detalle Comentario 4.12 abajo.

⁹¹ Gerd Reinhart, *UN-Kaufrecht* (1991), Art. 12 para. 4; Schlechtriem, *op. cit.* (nota al pie 7), 45.

controvertido. El texto no hace referencia al propósito y el contexto de las declaraciones cubiertas, pareciendo englobar cualquier declaración realizada de acuerdo con las Partes I-III de la Convención. Una lectura más limitada (y, que se considera preferible) solamente incluye declaraciones que se relacionen a la formación del contrato, su modificación o su terminación consensual,⁹² tal como el retiro, la revocación y el rechazo de ofertas (artículos 15(2), 16 y 17 CISG),⁹³ el asentimiento a la oferta por medio de la conducta (artículo 18(1) CISG),⁹⁴ objeciones sobre discrepancias en la aceptación (artículo 19(2) CISG), declaraciones fijando un plazo para su aceptación (artículo 20(1) CISG), comunicaciones enviadas en reacción a una aceptación tardía (artículo 21 CISG), y el retiro de la aceptación (artículo 22 CISG). Esta interpretación deja fuera del alcance de la reserva del artículo 96 CISG (y por tanto quedan sujetas al principio de libertad de forma del artículo 11 CISG), entre otras, las declaraciones de resolución del contrato (artículo 26 CISG), las declaraciones de falta de conformidad (artículo 39 CISG), la declaración sobre reducción del precio (artículo 50 CISG), declaraciones para fijar plazos, y otras comunicaciones hechas en contexto del cumplimiento del contrato.

(2) Requisitos de forma cubiertos

4.13 Otra cuestión se refiere a los tipos de requisitos de forma cubiertos por la reserva del artículo 96 CISG, requisitos que son normalmente desplazados por la Convención pero podrían aplicarse (al menos potencialmente⁹⁵) a contratos regidos por la CISG. El lenguaje de los artículos 12 y 96 CISG sugiere que el efecto de la reserva del artículo 96 es limitado a requisitos por escrito, debido a que estas disposiciones solo derogan disposiciones de la Convención que permiten un acuerdo en ‘cualquier manifestación de intención [...] que no sea por escrito’. Otros tipos de requisitos de forma – como por ejemplo una disposición legal requiriendo el registro de contratos de compraventa en una oficina pública específica, autenticación por notario, certificación consular, fijación de sellos, etc– no son preservados por una declaración bajo el artículo 96 CISG.⁹⁶

⁹² *Documentos oficiales* (nota al pie 1) 21; Werner Melis, in Honsell ed., op. cit. (nota al pie 27), Art. 12 paras. 2, 3; Rajski, op. cit. (nota al pie 71), Art. 12 note 2.2; Schlechtriem, op. cit. (nota al pie 7), 45.

⁹³ Magnus, op. cit. (nota al pie 17), Art. 12 para. 6; Perales Viscasillas, in Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas eds., op. cit. (nota al pie 28), Art. 12 para. 3. *Contra* Enderlein & Maskow, op. cit. (nota al pie 39), Art. 12 note 1; Schlechtriem & Schmidt-Kessel, op. cit. (nota al pie 9), Art. 12 para. 6.

⁹⁴ Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-137 nota al pie 295.

⁹⁵ Ver Comentarios 4.15 et seq.

⁹⁶ Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 129; Perales Viscasillas, op. cit. (nota al pie 93), Art. 12 para. 3; Schlechtriem & Schmidt-Kessel, op. cit. (nota al pie 9), Art. 12 para. 5; Wolfgang Witz, in Witz, Salger & Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht* (2000), Artt. 11–12 para 13. *Contra* Melis, in Honsell ed., op. cit. (nota al pie 27), Art. 12 para. 5.

(3) Efecto universal en todos los Estados Contratantes

4.14 El efecto descrito es aplicable por los tribunales de todos los Estados Contratantes, independientemente si han hecho la declaración bajo el artículo 96 CISG.⁹⁷ La creación de la reserva del artículo 96 por un Estado Contratante, en otras palabras, reduce no solamente las obligaciones de dicho Estado, sino todas las obligaciones de Estados Contratante que deban aplicar las disposiciones de libertad de forma de la Convención. Esto se expresa claramente por el lenguaje de los artículos 12 y 96 CISG, que se abstiene de ligar los efectos de la reserva del artículo 96 CISG al derecho del foro donde se tramita el juicio, conectándolo en cambio con el hecho de que el establecimiento de, al menos, una de las partes al contrato de compraventa se encuentre situado en un Estado declarante del artículo 96. El lenguaje de la disposición además formula su efecto de una manera general ('cualquier disposición ... no se aplicará'), por tanto confirma que aplicará independientemente del domicilio del tribunal en un Estado declarante del artículo 96 CISG. Además, durante la Conferencia Diplomática de Viena una propuesta alternativa que se convirtió en el artículo 96 CISG fue sugerida por Austria ('Todo Estado contratante podrá [...] declarar que no aplicará ninguna disposición ...')⁹⁸ por la que una declaración bajo el artículo 96 obliga solo al Estado declarante y no a los otros Estados Contratantes.⁹⁹ La propuesta fue discutida en el Primer Comité, pero rechazada,¹⁰⁰ por lo tanto subyace la intención de los redactores de hacer los efectos de la reserva universalmente aplicables a todos los Estados Contratantes. La jurisprudencia ha confirmado esta interpretación.¹⁰¹

No es aconsejable seguir el punto de vista contrario expresado por algunos autores,¹⁰² en razón de que ignora el texto de los artículos 12 y 96 CISG así como su historia legislativa.

⁹⁷ Harry M. Flechtner, 'The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)', 17 *Journal of Law and Commerce* (1998), 187 en 197; Ulrich Huber, 'Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge', 43 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1979), 413 en 434; Eckard Reh binder, 'Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EAG und BGB', en Schlechtriem ed., *Einheitliches UN-Kaufrecht und nationales Obligationenrecht* (1987), 154; Marc Wey, *Der Vertragsabschluß beim internationalen Warenkauf nach UNCITRAL- und schweizerischem Recht* (1984), 177.

⁹⁸ Documento A/CONF.97/C.1/L.42, *Documentos oficiales* (nota al pie 1) 99. (Énfasis añadido.)

⁹⁹ Ver la explicación de la respuesta de Austria por el delegado Reishofer, *Documentos Oficiales* 293: 'Con respecto al fondo, las reservas formuladas por un Estado, conforme al artículo actual, obligan a todos los demás Estados, lo cual no tiene justificación...'.
¹⁰⁰ *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 293.

¹⁰¹ Suprema Corte (Países Bajos), 7 noviembre de 1997 (*J.T. Schuermans v. Boomsma Distilleerderij/Wijnkoperij*), *Nederlands Internationaal Privaatrecht* (1998) No. 91, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971107n1.html>: Reserva rusa del Artículo 96 observado por la corte Holandesa; Corte de Distrito de Rotterdam (Países Bajos), 12 Julio de 2001 (*Hispafruit BV v. Amuyen S.A.*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010712n1.html>: reserva de Argentina sobre el artículo 96 observado por una corte holandesa; Compromex proceso arbitral (México), 29 abril de 1996 (*Conservas La Costeña v. Lanín*), 17 *Journal of Law and Commerce* (1998) 427, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html>: Reserva al artículo 96 observado por la commission del gobierno mexicano; Rechtbank van Koophandel Hasselt (Bélgica), 2 Mayo de 1995 (*Vital Berry Marketing v. Dira-Frost*), *Rechtskundig Weekblad* (1995-96) No. 40, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950502b1.html>: Reserva del Artículo 96 por Chile observado por el tribunal corte belga.

¹⁰² Basedow, op. cit. (nota al pie 56), 731 at 740-1; Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16-140; Torsello, op. cit. (nota al pie 55), 85 al 105.

bb) La no determinación de las normas que gobiernan la validez formal (sin efecto ‘positivo’ de la reserva)

6. En el caso de que cualquiera de las partes del contrato de compraventa tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 CISG,

6.1 [...]

6.2 las normas de derecho internacional privado del foro determinan el derecho que rige los requerimientos de forma de dichos contratos de compraventa y la manera en que deben probarse.

4.15 La pregunta más difícil concerniente al efecto de la reserva del artículo 96 es la siguiente: ¿Qué ley gobierna la validez formal de un contrato CISG cuando una de las partes dentro del contrato tiene su establecimiento en un Estado declarante del artículo 96? Ni el artículo 12 ni el 96 CISG establecen una respuesta obvia a esta cuestión. La jurisprudencia y la doctrina se encuentran divididas por dos corrientes de pensamiento:

4.16 Un punto de vista considera que los requisitos internos de un Estado declarante del artículo 96 son aplicables. Posición que ha sido seguido por laudos arbitrales de la CIETAC¹⁰³ y en laudos arbitrales de Rusia,¹⁰⁴ en decisiones de la corte en Bélgica,¹⁰⁵ Rusia¹⁰⁶ y E.E.U.U.,¹⁰⁷ así como por la clara mayoría de los comentaristas.¹⁰⁸ De acuerdo con este punto de vista, los artículos 12, 96 CISG resulta en una aplicación

¹⁰³ CIETAC Laudo Arbitral, 31 diciembre de 1997 (*Lindane case*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971231c1.html>: ‘cuando fue rectificada la Convención, China denunció los artículos 11 y 29 de la Convención sobre la formación, modificación y terminación del contrato, que no necesita ser celebrado de forma por escrito. Por lo tanto, la formación del contrato debe de ser concluida de forma escrita’; Laudo Arbitral CIETAC, 17 Octubre de 1996 (*Tinplate case*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961017c1.html>: ‘China realizó la declaración cuando firmó la CISG, requiriendo el requisito de forma por escrito’; Laudo Arbitral CIETAC, 6 Septiembre de 1996 (*Engines case*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960906c1.html>.

¹⁰⁴ Tribunal Arbitral de Comercio Internacional de la Cámara de la Industria y del Comercio de la Federación Rusa, 9 junio de 2004, Case No. 125/2003, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040609r1.html>, para. 3.3: ‘el Tribunal llama la atención del hecho, de que una de las partes del acuerdo es una compañía Rusa, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención de Viena de 1980, las alteraciones a las condiciones del acuerdo [...] son permitidas solo si son hechas de forma escrita y no pueden ser probadas solamente por testimonio de las partes. Ésta disposición de la Convención de Viena de 1980 toma en consideración a las normas imperativas de la legislación civil Rusa (artículo 162 del Código Civil Ruso), de acuerdo con el cual el no cumplir la forma escrita de un simple acuerdo comercial conlleva su nulidad’.

¹⁰⁵ Rechtbank van Koophandel Hasselt (Belgium), 2 mayo de 1995 (*Vital Berry Marketing v. Dira-Frost*), *Rechtskundig Weekblad* (1995-96) No. 40, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950502b1.html>.

¹⁰⁶ Presidio de la Suprema Corte de la Federación Rusa, 25 Marzo de 1997, Resolución No. 4670/96, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970325r1.html>: ‘el artículo 12 establece que un contrato de compraventa debe de ser realizado o modificado por escrito’; Presidio de la Suprema Corte de la Federación Rusa, 23 Diciembre de 2009, Case No. VAS-16382/09, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091223r1.html>; Presidio de la Suprema Corte de la Federación Rusa, 15 abril de 2011, Case No. VAS-2499/11, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110415r1.html>.

¹⁰⁷ *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation*, U.S. District Court (S.D. Fla.), 19 mayo de 2008, disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>: ‘El establecimiento del actor se encuentra en la República Popular de China. La declaración China requiere todos los contratos sean por escrito para que sean obligatorios.’

¹⁰⁸ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed. 1999), para. 129 (pero se de notar que en la 1st, 2nd de dicho tratado lo adopta y en la 4ta edición adopta la posición en contrario); Reinhart, op. cit. (nota al pie 91), Art. 12 para. 3.

universal de la ley nacional de Estados declarantes sobre requisitos de forma, todas las veces que una parte de ese Estado se encuentre involucrada.¹⁰⁹ Y por tanto se encuentra de acuerdo con el efecto ‘positivo’ del artículo 96.

Las razones para esta interpretación no se encuentran fácilmente. Sus pocos partidarios en la literatura argumentan que los delegados de la Conferencia de Viena aceptaron los artículos 12, 96 CISG en base a permitir a los países Socialistas aceptar la Convención,¹¹⁰ o hacen referencia a la necesidad, sentida por varios Estados de proteger a una parte frente a reclamaciones que no encuentren soporte de un acuerdo por escrito.¹¹¹

4.17 El punto de vista contrario, y que se propone como el preferible, es que los artículos 12 y 96 CISG por sí mismos no hablan sobre la cuestión acerca de qué ley gobierna los requisitos de validez de forma de los contratos de compraventa – el efecto legal de estas disposiciones de la CISG se limita a excluir la obligación de los Estados Contratantes, mediante la declaración bajo el artículo 96, como la opción de exclusión de los artículos 11 y 29 así como la Parte II de CISG-, y que la Convención no ‘resuelve expresamente’ la cuestión si un incumplimiento del contrato puede ser defendido ante la ausencia de un contrato por escrito. En tal situación, el artículo 7(2) CISG llama a aplicar las normas de derecho internacional privado, debido a que no hay ‘principios generales’ subyacentes en la CISG para llenar la omisión.¹¹² La determinación de la ley gobernante sobre la validez de forma es por tanto una cuestión dejada a las normas de derecho internacional privado del foro. Este punto de vista ha sido adoptado por Austria,¹¹³ Hungría,¹¹⁴ los Países Bajos,¹¹⁵ Rusia¹¹⁶ y E.E.U.U.,¹¹⁷ así como la clara mayoría de los autores.¹¹⁸

¹⁰⁹ Schlechtriem & Schmidt-Kessel, op. cit. (nota al pie 9), Art. 12 para. 2.

¹¹⁰ Reinhart, op. cit. (nota al pie 91), art. 12 para. 3.

¹¹¹ Honnold, op. cit. (nota al pie 108), para. 129.

¹¹² *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. Court of Appeals (3rd Cir.), 21 julio de 2010, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100721u1.html>.

¹¹³ Suprema Corte (Austria), 22 octubre de 2001, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011022a3.html>: la ley gobernando la validez formal de un contrato de compraventa Austriaco-Húngaro determinado por las normas de conflicto de Austria; Landesgericht Innsbruck, 6 febrero de 2003 (*Tantalum powder case*): la ley gobernante de la validez de forma de un Chino (Hong Kong)-Austriaco, contrato de compraventa determinado por vía de las normas de conflicto de China.

¹¹⁴ Corte Metropolitana (Hungría), 24 marzo de 1992 (*Adamfi Video v. Alkotók Stúdiósa Kisszövetkezet*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920324h1.html>: la ley gobernante sobre la validez de forma de un contrato de compraventa Alemán-Húngaro determinado por vía de las normas de conflicto de Hungría.

¹¹⁵ Suprema Corte (Países Bajos), 7 noviembre de 1997 (*J.T. Schuermans v. Boomsma Distilleerderij/Wijnkoperij*), *Nederlands Internationaal Privaatrecht* (1998) No. 91, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971107n1.html>: la ley gobernante de la validez formal de un contrato de compraventa Ruso-Holandés determinado por vía de las normas de conflicto holandesas; Corte de Distrito de Rotterdam (Países Bajos), 12 julio de 2001 (*Hispafruit BV v. Amuyen S.A.*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010712n1.html>: ‘el artículo 12 CISG no implica que los requisitos de forma establecidos en el derecho interno del Estado que realizó la declaración como indica el artículo 96 CISG (aquí: Argentina) automáticamente gobierna el contrato de compraventa cuando una de las partes tiene su lugar de negocios en tal Estado. La cuestión acerca si el contrato ha sido válidamente concluido, mientras se consideran los requisitos de forma, debe de ser respondido por la ley que es aplicable de acuerdo con las normas de derecho internacional privado. Esto es también de acuerdo con el artículo 7 CISG.’

¹¹⁶ Presidio de la Suprema Corte de Arbitraje de la Federación Rusa, 20 marzo de 2002, Resolución No. 6134/01, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020320r1.html>: la ley que gobierna la validez de forma determinada por las normas de conflicto de Rusia.

Dentro de las razones que soportan este punto de vista, primero se encuentra el lenguaje de los artículos 12 y 96 CISG. Estas disposiciones meramente establecen que las disposiciones de la Convención sobre la libertad de forma ‘no aplican’, en vez de autorizar a un Estado declarante a declarar que sus propios requisitos de forma aplican.¹¹⁹ En donde la Convención quiere autorizar a Estados Contratantes que directamente se fijen en su ‘propio derecho’, claramente lo establece, como es demostrado en el artículo 28 CISG. El hecho que los artículos 12 y 96 CISG no contengan una norma positiva con respecto a los requisitos de forma aplicables ya fue hecho notar por la Conferencia Diplomática,¹²⁰ pero la redacción de la disposición fue de todos modos adoptada sin cambios.

4.18 La segunda razón recae en la historia de la redacción del artículo 96. Una redacción alternativa al artículo 96 CISG, que pudo haber impuesto requisitos de forma en el derecho interno de un Estado declarante también sobre otro Estado Contratante¹²¹, fue discutida en CNUDMI, pero rechazada. La base de su rechazo fue que la adopción de la propuesta pudo haber hecho que los requisitos de forma del derecho del Estado declarante fueran muy amplios en su aplicación.¹²² Esta decisión hecha por los redactores de la Convención merece ser respetada.¹²³

4.19 La tercera razón pertenece al propósito de la reserva del artículo 96 CISG y sus límites, como es evidente de la historia de redacción de esta disposición. Ya ha sido remarcado que la inclusión de la reserva del artículo 96 en la Convención sirvió al propósito de excluir a Estados declarantes de la obligación bajo derecho internacional público de aplicar las disposiciones de libertad de forma de la Convención. El

¹¹⁷ *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*, E.E.U.U corte de apelación (3rd Cir.), 21 julio de 2010, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100721u1.html>: remitido a la Corte de Distrito para establecer la ley aplicable a través de las normas de conflicto de Nueva Jersey.

¹¹⁸ Jorge Adame Goddard, *El Contrato de Compraventa Internacional* (1994) 125–26; Bridge, op. cit. (nota al pie 27), para. 16–141; Larry A. DiMatteo et al., ‘The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence’, 24 *Northwestern Journal of International Law & Business* (2004) 299, 323–24, 327–28; Ferrari, op. cit. (nota al pie 78) 213–14; Flechtner, op. cit. (nota al pie 85) 187 at 196–97; Harry M. Flechtner in Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 129; Alejandro Osuna González, ‘Mexico’s COMPROMEX Issues Another Recommendation Applying the CISG’, 17 *Journal of Law and Commerce* (1998) 435 at 438; Johnny Herre, op. cit. (nota al pie 28), Art. 96 para. 5; Peter Huber, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (6th ed. 2012), Art. 96 para. 1; Albert H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1989) 143; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (3rd ed. 2008) 174–75; Alexander Lüderitz & Anja Fenge, in Soergel ed., *Bürgerliches Gesetzbuch, Vol. 13: Schuldrechtliche Nebengesetze – CISG* (13th ed. 2000), Art. 12 para. 2; Magnus, op. cit. (nota al pie 17), Art. 12 para. 8; Henry Mather, ‘Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG’, 20 *Journal of Law and Commerce* (2001) 166–67; Melis, in Honsell ed., op. cit. (nota al pie 27), Art. 12 para. 4; Perales Viscasillas, op. cit. (nota al pie 28), Art. 12 para. 8; Rajski, op. cit. (nota al pie 71), Art. 12 note 2.3 and Art. 96 note 2.2; Saenger, op. cit. (nota al pie 47), Art. 96 para. 2; Schlechtriem & Schmidt-Kessel, op. cit. (nota al pie 9), Art. 12 para. 2; Schlechtriem, Schwenzler & Hachem, op. cit. (nota al pie 27), Art. 96 para. 3; Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 443; Siehr, op. cit. (nota al pie 27), Art. 96 para. 2; Westermann, op. cit. (nota al pie 83), Art. 12 para. 2; Winship, op. cit. (nota al pie 47), 1–47.

¹¹⁹ Schroeter, op. cit. (nota al pie 15) 443.

¹²⁰ Ver la observación del delegado Feltham (Reino Unido), *Documentos Oficiales* (nota al pie 1) 293: ‘... el artículo 11 [se convirtió en el artículo 12 CISG] excluye la aplicación de determinadas disposiciones de la Convención sin establecer, por otra parte, una fórmula positiva de sustitución, como la obligación de celebrar un contrato por escrito.’

¹²¹ Documento A/CN.9/SR.8 (sin publicación).

¹²² Rajski, op. cit. (nota al pie 71), Art. 96 nota 1.2.

¹²³ Schlechtriem, Schwenzler & Hachmen, op. cit. (nota al pie 27), Art. 96 para. 3.

efecto¹²⁴ ‘negativo’ cumple éste propósito. Debe rechazarse una interpretación destinada a conferir a la reserva del un efecto ‘positivo’,¹²⁵ ya que podría ir significativamente más allá de su mero objetivo al poder implicar una aplicación de los requisitos domésticos de forma del Estado declarante como una regla en todas las situaciones gobernadas por el artículo 96 CISG, i.e. cuando sea que un contrato CISG involucre una parte de un Estado declarante. Sería irrelevante si la parte de un Estado declarante es un comprador o un vendedor, el lugar donde el contrato fue celebrado o donde fue ejecutado, o si cualquier otro factor usado comúnmente por las normas de derecho internacional privado conectan de manera decisiva el contrato en cuestión con un Estado declarante – independiente de tales factores de conexión, el artículo 96 CISG por si mismo proveería los requisitos de forma domésticos con un ámbito de aplicación que abarcara todas las posibilidades. Debido al efecto universal de la reserva,¹²⁶ la obligación de cumplirla podría además aplicar en cortes de todos los Estados Contratantes, los cuales – encontrándose obligados mediante el tratado por aplicar el artículo 96 CISG con todos los efectos de tal reserva – tendrían que aplicar de la misma manera los requisitos internos de forma del Estado declarante. Se somete que tal entendimiento va más allá del propósito de dicha disposición.

4.20 Finalmente, la opinión que asume un efecto ‘positivo’ de la reserva del artículo 96 resulta en una dificultad que demuestra su debilidad. Se vuelve aparente en situaciones en las que un contrato de compraventa ha sido concluido entre dos partes: *ambas* tienen sus establecimientos en Estados que han hecho la declaración del artículo 96 CISG (ejemplos: un contrato de compraventa entre un vendedor ruso y un comprador húngaro, o un contrato de compraventa entre un vendedor chileno y un comprador argentino). En casos como estos, sigue siendo confuso determinar el derecho del Estado que gobernará la validez formal del contrato, debido a que ni los artículos 12, 96 CISG ni las declaraciones autorizadas por estas disposiciones hablan al respecto. Este silencio es conforme con los límites propuestos por el artículo 96 CISG (como correctamente es reconocido por la opinión contraria encontrada abajo), la cual se restringe en excluir la obligación de aplicar el artículo 11 CISG y las otras disposiciones mencionadas en el artículo 96 (el efecto ‘negativo’ de la reserva). Hasta donde las normas sobre formación del contrato son de aplicación, la reserva sólo tiene el efecto de su no aplicación, pero no establece el derecho, en su defecto, aplicable.

cc) Identificación del derecho aplicable a la validez formal por medio de las normas de derecho internación en casos CISG

4.21 Debido a que la determinación del derecho aplicable sobre la validez formal es dejada al derecho internacional privado del foro respectivo, esto necesariamente significa que el resultado no es internacionalmente uniforme, debido a que la aplicación de las normas de derecho internacional privado no lo son. La existente jurisprudencia CISG, sin embargo, demuestra un cierto grado de uniformidad en esta cuestión: cuando las normas de derecho internacional declaran el derecho de un Estado declarante del artículo 96 como aplicable, esto usualmente es leído como la aplicación de los requisitos de forma del derecho interno del Estado declarante (usualmente dando como resultado la invalidez formal de los contratos

¹²⁴ Comentario 4.10.

¹²⁵ Comentario 4.16.

¹²⁶ Comentario 4.14.

de compraventa de que se trate),¹²⁷ mientras que la aplicación del derecho de un Estado Contratante que no ha hecho la declaración del artículo 96 resulta en la aplicación del principio de libertad de forma.¹²⁸

4.22 En el último caso, surge una pregunta adicional: ¿Cuando las normas de derecho internacional privado llaman a la aplicación del derecho de un Estado Contratante de la CISG (no declarante) sobre la cuestión de validez formal, los requisitos de forma aplicables han de ser los del derecho interno de tal Estado, o es el principio de libertad de forma del artículo 11 CISG aplicable?. La cuestión se torna relevante prácticamente en todo momento cuando el derecho interno contiene requisitos de forma y podría por tanto llevar a la invalidez formal del contrato de compraventa, mientras que una aplicación del artículo 11 CISG no lo haría.

La respuesta no puede derivarse de los artículos 11, 12 o 96 CISG (la Convención, en otras palabras, guarda silencio sobre ésta cuestión), pero es – del mismo modo – exclusivamente una cuestión de las normas internas de derecho internacional privado.¹²⁹ Estas normas de hecho llevarán a la aplicación del artículo 11 CISG si siguen el propósito tradicional de las normas de conflicto de aplicar el derecho del país que ha sido declarado como aplicable tanto como sea posible en la misma manera en la que un juez de dicho país aplicaría el derecho.¹³⁰ Debido a que este juez podría aplicar el artículo 11 CISG dado el hecho de que su Estado no ha declarado el artículo 96 CISG, el juez que aplica el derecho por vía de las normas de derecho internacional privado haría lo mismo.¹³¹ Al menos dos cortes holandesas (incluyendo la Suprema Corte) han adoptado la posición tomada aquí.¹³²

¹²⁷ Presidio de la Suprema Corte de Arbitraje de la Federación Rusa, 20 marzo de 2002, Resolución No. 6134/01, traducido al inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020320r1.html>: Derecho ruso aplicable por virtud de las normas de derecho internacional privado de Rusia – las modificaciones orales al contrato son invalidas.

¹²⁸ Suprema Corte (Países Bajos), 7 noviembre de 1997 (*J.T. Schuermans v. Boomsma Distilleerderij/Wijnkoperij*), *Nederlands Internationaal Privaatrecht* (1998) No. 91, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971107n1.html> (ver además); Suprema Corte (Austria), 22 octubre de 2001, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011022a3.html>: a pesar de la declaración de Hungría bajo el art. 96 CISG, un mero contrato celebrado implícitamente fue sostenido como valido debido a que las normas de derecho internacional privado de Austria llevaron a al aplicación del derecho austriaco; Corte de Distrito de Rotterdam (Países Bajos), 12 julio de 2001 (*Hispafruit BV v. Amuyen S.A.*), traducido al inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010712n1.html> (ver adelante); Corte Metropolitana (Hungría), 24 marzo de 1992 (*Adamfi Video v. Alkotók Stúdiósa Kisszövetkezet*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920324h1.html>: aunque Hungría ha declarado una reserva bajo el artículo 96 CISG, un contrato oral Germano-Húngaro fue sostenido como válido ya que las normas de derecho internacional privado apuntaron al derecho Alemán.

¹²⁹ La mayoría de los autores parecen adoptar puntos de vista diferentes y van directamente por respuestas en la Convención. Al hacer esto, mucho llevan a la conclusión que el artículo 11 CISG debe ser aplicable; ver por ejemplo Ferrari, op. cit. (nota al pie 78) 214; Perales Viscasillas, op. cit. (nota al pie 28), Art. 12 para. 10; Westermann, op. cit. (nota al pie 83), Art. 12 para. 2.

¹³⁰ Ver Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht* (6th ed. 2006), § 31 I 2.

¹³¹ Schlechtriem & Schmidt-Kessel, op. cit. (Nota al pie 9), Art. 12 para. 3; Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, op. cit. (Nota al pie 27), Art. 96 para. 3; Schroeter, op. cit. (Nota al pie 15) 443; Witz, op. cit. (Nota al pie 96), Art. 11– 12 para 12.

¹³² Suprema Corte (Países Bajos), 7 noviembre de 1997 (*J.T. Schuermans v. Boomsma Distilleerderij/Wijnkoperij*), *Nederlands Internationaal Privaatrecht* (1998) No.91, disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971107n1.html>: El artículo 11 CISG fue al principio declarado como inaplicable a un contrato Ruso-Holandés debido a que la reserva de Rusia bajo el artículo 96 CISG, pero después fue aplicado como parte del derecho holandés el cual, siendo el establecimiento del vendedor, fue entendido como aplicable por virtud de las normas de derecho internacional privado de Holanda; Corte de Distrito de Rotterdam (Países Bajos), 12 julio de 2001 (*Hispafruit BV v. Amuyen S.A.*), traducido al inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010712n1.html>: ‘siguiendo el derecho holandés, las normas de “libertad de establecidas en los artículos 11 y 29 CISG aplican sin restricción alguna’. (traducción al español no oficial).

4.23 Los autores que adoptan la posición en contrario¹³³ principalmente se refieren al lenguaje del artículo 12 CISG oración primera ('No se aplicará ninguna disposición del artículo 11') y argumentan que, debido a la clara adopción del principio de libertad de forma, éste nunca puede ser aplicable cuando una parte tiene su establecimiento en un Estado declarante del artículo 96 CISG, y por lo tanto los únicos requisitos de forma que pueden ser aplicables son los del derecho interno. Se considera por esta Opinión que este punto de vista es erróneo y, al hacerlo, exagera la declaración de no aplicación de la disposición, debido a que la redacción del artículo 12 debe leerse con el solo propósito de la reserva del artículo 96 – principalmente su efecto¹³⁴ 'negativo' – en mente: el artículo 12 CISG meramente quiere excluir la obligación de Estados Contratantes bajo derecho internacional público de inaplicar el artículo 11 CISG (y disposiciones relacionadas). Más allá de éste propósito que, en el presente escenario de aplicación de las normas de derecho internacional privado del foro, ya ha sido cumplido, no hay nada en el artículo 12 CISG que indique que la Convención rechace una referencia a sus disposiciones por medio de las normas de conflicto, que conlleven una 'inclusión'. Al menos dos cortes, sin embargo, han seguido la posición en contrario y aplicaron los requisitos formales del derecho interno como parte de la *lex contractus* invocada por sus normas de derecho internacional privado.¹³⁵

4.25 Donde las partes han excluido la aplicación de la Convención por completo de acuerdo con el artículo 6 CISG, el artículo 12 oración 2 CISG no aplica.¹³⁶ Este resultado se puede derivar del lenguaje de los artículos 6 y 12 CISG los cuales limitan la naturaleza obligatoria del artículo 12 a acuerdos entre las partes que derogan o varían el efecto individual de las disposiciones de la CISG. Además, no hay lugar al efecto 'negativo' de una reserva bajo los artículos 12 y 96 CISG cuando las partes ya han excluido el principio de libertad de forma junto con el resto de la Convención, y no hay necesidad de salvaguardarlo mediante la oración 2 del artículo 12 CISG.

¹³³ Flechtner, op. cit. (nota al pie 85) 187 al 196 (caracterizando el resultado de este enfoque 'más bien irónico'); Flechtner en Honnold, op. cit. (nota al pie 9), para. 129; Herre, op. cit. (nota al pie 28), Art. 96 para. 6; Lüderitz & Fenge, op. cit. (nota al pie 118), Art. 12 para. 3; Magnus, op. cit. (nota al pie 17), Art. 12 para. 9.

¹³⁴ Comentario 4.10 arriba.

¹³⁵ Corte Metropolitana (Hungría), 24 marzo de 1992 (*Adamfi Video v. Alkotók Studiósza Kisszövetkezet*), disponible en inglés en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920324h1.html>: Derecho interno alemán aplicable vía las normas de conflicto de Hungría; *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. Court of Appeals (3rd Cir.), 21 julio de 2010, disponible en inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100721u1.html>: El derecho interno de Nueva Jersey y Argentina considerados de manera alternativa debido a las normas de derecho internacional privado (la corte de apelación eventualmente devolvió el asunto a la corte de primera instancia).

¹³⁶ Magnus, op. cit. (nota al pie 17), Art. 12 para. 13; Westermann, op. cit. (nota al pie 83), Art. 12 para. 1.