

## ARTÍCULOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**ESCAPAR A LA APLICACIÓN  
DE LA CONVENCIÓN DE  
VIENA DE 1980 SOBRE LOS  
CONTRATOS DE  
COMPRAVENTA  
INTERNACIONAL DE  
MERCADERÍAS: ALGUNAS  
REFLEXIONES EN TORNO A LA  
ESTANDARIZACIÓN DEL “OPT  
OUT” POR EL CONSEJO  
CONSULTIVO DE LA CISG Y  
SUS IMPLICACIONES SOBRE EL  
REGLAMENTO ROMA I<sup>41</sup>**



*Verona Tió Pérez-Albert (Teaching  
Fellow del Departamento de Derecho  
Internacional, Comparado y de la Unión  
Europea de ESADE Law School)*

**Abstract**

El presente trabajo aborda la facultad reconocida a las partes de excluir la aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías prevista en su art. 6 (“*opt out*”). Su regulación vaga y parcial deriva en una jurisprudencia y doctrina divergentes. Con el fin de promover una interpretación y aplicación uniforme del instrumento entre los tribunales nacionales y arbitrales, el Consejo Consultivo de la CISG adoptó en 2014 su Opinión No. 16 en la que propone un estándar estricto y uniforme hacia el “*opt out*” que las partes ejercen a través de elecciones de ley aplicable al contrato, expresas y tácitas. Aunque las Opiniones que emite esta institución privada e integrada por académicos no sean vinculantes, algunas son citadas y seguidas por los tribunales. Con todo, cuando el tribunal competente es el de un Estado miembro de la Unión Europea, parte de la Convención de Viena 1980 y obligado a aplicar el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, es preciso reflexionar acerca de las implicaciones que tienen las “*black letter rules*” de la Opinión No. 16 sobre el régimen de la libertad de elección de la ley aplicable al contrato del art. 3 del Roma I.

**Palabras clave**

Convención de Viena de 1980 - Reglamento Roma I - Consejo Consultivo de la CISG - *opt out* – acuerdos de ley aplicable.

---

<sup>41</sup> Mis más sinceros agradecimientos a los estudiantes de ESADE Law School por su generosa invitación a publicar en su revista, muy especialmente, a Quique Ortiz Rodríguez y a Andrea Izaguirre Blanco.

## 1. Introducción

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (“CV”)<sup>42</sup>, es el convenio más relevante en materia de contratos comerciales internacionales. Adoptada bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), contiene normas uniformes relativas a la formación del contrato de compraventa, los derechos y obligaciones de vendedor y comprador, así como a los remedios para el supuesto de incumplimiento.

La CV está en vigor en 96 Estados<sup>43</sup>. La cifra habla por sí sola de su éxito, en particular, si se la compara con otros instrumentos de fuente convencional que también promueven la previsibilidad y certeza en la regulación de las compraventas comerciales internacionales. Otros legisladores globales en Derecho internacional privado (“DIPr”), como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (“HCCH”) o el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”), han obtenido resultados comparativamente muy modestos con sus respectivos convenios en la materia. Así, la unificación de las normas de conflictos de leyes se llevó a cabo a través de uno de los “Convenios viejos” de la HCCH, como es el *Convenio sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, celebrado el 15 de junio de 1955* (“CH1955”)<sup>44</sup>, el cual está en vigor en 8 Estados, todos del continente europeo salvo Níger. Posteriormente, la HCCH trabajó para que este convenio lo sustituyera otro más moderno, el *Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho el 22 de diciembre de 1986*, el cual no ha entrado en vigor<sup>45</sup>.

Por otro lado, las convenciones predecesoras de la CV, esto es, la *Convención relativa a la ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías* (“ULIS”)<sup>46</sup> y la *Convención relativa a la ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de mercaderías* (“ULFC”)<sup>47</sup>, fueron adoptadas en La Haya, el 1º de julio de 1964, e impulsadas por UNIDROIT. Sin embargo, estas no consiguieron atraer a países de fuera

<sup>42</sup> En España, la CV entró en vigor el 1º de agosto de 1991, vid. B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991; y corrección de errores, B.O.E. núm. 282, de 22 de noviembre de 1996. Para acceder al texto de la CV en español, a sus otras lenguas oficiales y su traducción a otros idiomas, vid: <https://cisg-online.org/Text-of-the-Convention>

<sup>43</sup> Para el estado actual de la CV, vid., [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status)

<sup>44</sup> Para el estado actual del CH1955, vid., <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=31>

<sup>45</sup> Puede consultarse el texto del Convenio y otra información relacionada en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=61>

<sup>46</sup> “ULIS” son las siglas inglés de *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*.

<sup>47</sup> “ULFC” son las siglas inglés de *Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*.

## *ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

de Europa, con las excepciones de Gambia e Israel<sup>48</sup>. Ante las severas críticas que recibieron la ULIS y la ULFC por reflejar únicamente a los sistemas y estructuras políticas, sociales y económicos de los países occidentales (Leyva Saavedra y Perales Viscasillas, 2000), en el año 1968, la recién establecida CNUDMI<sup>49</sup>, se propuso promover una mayor aceptación de dichas convenciones, trabajos que desembocaron en la adopción de la CV.

La CV entró en vigor el 1º de enero de 1988 en 11 países distribuidos en América del Norte y del Sur, Asia, África y Europa, y tributarios de diferentes tradiciones jurídicas<sup>50</sup>. Ahora bien, la popularidad de la que goza la CV entre los Estados no es necesariamente compartida por los operadores jurídicos. Es relativamente frecuente que los abogados que negocian y redactan el contrato incluyan una cláusula por la que la CV se excluye expresamente, acompañada o no de la elección de la ley de un país<sup>51</sup>, o bien defiendan a su cliente en juicio fundamentando su escrito íntegramente en la ley nacional del foro. Las razones que se apuntan para explicar esta práctica son, *grosso modo*, la falta de familiaridad de los abogados con el texto vienés (Spagnolo, 2009), la vaguedad de sus disposiciones o su limitado ámbito de aplicación material (Schwenzer y Hachem, 2009). Todo ello contribuye a que la CV no sea percibida como un régimen más ventajoso que el nacional, pese a que sus normas uniformes estén específicamente adaptadas a un contexto internacional.

Con 96 Estados parte, el régimen de la CV es el que hoy rige por defecto en un elevadísimo número de transacciones a nivel mundial<sup>52</sup>. La principal condición de aplicación de la CV en el espacio es que, en el momento de celebrar el contrato, las partes tengan sus establecimientos en Estados contratantes<sup>53</sup>. El art. 1.1.a) CV define su ámbito

---

<sup>48</sup> El 18 de agosto de 1972, la ULIS entró en vigor en la República Federal de Alemania, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, Países Bajos, Reino Unido y San Marino, mientras que la ULFC lo hizo el 23 de agosto en los mismos Estados, salvo en Israel. Con la excepción del Reino Unido y Gambia, dichos Estados son hoy parte de la CV, razón por la cual han denunciado las convenciones de La Haya, vid., <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/>

<sup>49</sup> Vid. la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: [https://docs.un.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://docs.un.org/es/A/RES/2205(XXI))

<sup>50</sup> De acuerdo con el art. 99 CV, su entrada en vigor requiere un mínimo de diez ratificaciones, de ahí que transcurrieran casi ocho años entre la fecha de su aprobación, el 11 de abril de 1980, y la de su entrada en vigor. El 1º de enero de 1988, la CV entró en vigor en Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Yugoslavia y Zambia.

<sup>51</sup> Un ejemplo de cláusula en la que las partes eligen la ley de un Estado y excluyen expresamente la aplicación de la CV sería: “*El presente contrato se regirá por la ley francesa con exclusión de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*”

<sup>52</sup> Para hacernos una idea, hace más de una década H.M. Fletchner afirmó que: “*En el momento de redactar la presente nota (febrero de 2009), la Convención contaba con más de 70 Estados contratantes, **que representan más de dos terceras partes del comercio internacional de mercaderías**, así como una extraordinaria diversidad económica, geográfica y cultural*” (resaltado añadido). Esta nota introductoria a la CV está disponible en: [https://legal.un.org/avl/ha/ccisg/ccisg.html?utm\\_source=chatgpt.com](https://legal.un.org/avl/ha/ccisg/ccisg.html?utm_source=chatgpt.com)

<sup>53</sup> El art. 1.1.a) CV se refiere a “Estados contratantes”. Con todo, el art. 2.1 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969*, entiende por “Estado parte” (letra g) el que ha consentido en obligarse y con respecto al cual el tratado está en vigor, mientras que define “Estado contratante” (letra f) de Estado que ha consentido en obligarse con independencia de que el tratado haya entrado o no en vigor. Habida cuenta de que el art. 100 CV condiciona su aplicación al contrato *ratione*

de aplicación personal de manera autónoma, haciéndola directamente aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías muy vinculados con los Estados parte. Sin embargo, el régimen uniforme no es aplicable cuando el contrato no sea “internacional” a los efectos del art. 1 CV, aunque en este concurra un elemento de extranjería. Para la CV, el contrato es “internacional” cuando las partes, en el momento de celebrarlo, tienen sus establecimientos en Estados diferentes (art. 1.1 CV) y, a su vez, son conscientes de esta circunstancia (art. 1.2 CV)<sup>54</sup>.

El ámbito personal de la CV se complementa con una regla subsidiaria prevista en su art. 1.1.b) y abierta a reserva<sup>55</sup>, cuya función es extender su aplicación en el espacio a contratos de compraventa no tan estrechamente conectados con los Estados contratantes. Cuando al menos una de las partes del contrato tenga su establecimiento en un Estado no contratante, el art. 1.1.b) CV se remite a las normas de conflicto de leyes del tribunal competente<sup>56</sup>, las cuales bien pueden beber de fuente institucional, convencional o autónoma. Si estas normas designan la ley de un Estado contratante como ley rectora del contrato (*lex contractus*), el régimen *vienés* será el que rijan el contrato.

Los órganos jurisdiccionales de los Estados parte deben aplicar la CV cuando sean llamados a dictar una resolución en cuanto al fondo a todo litigio derivado de un contrato de compraventa internacional de mercaderías que entre dentro de su ámbito de aplicación. Esto es, que se trate de un contrato internacional (art. 1) de compraventa de mercaderías

---

*temporis* a que esté en vigor en los Estados contratantes a los que alude su art. 1.1, en este trabajo utilizaremos las expresiones “Estado contratante” y “Estado parte” como sinónimas, en el sentido de que la CV está en vigor en tal Estado.

España se adhirió al *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* el 2 de mayo de 1972, si bien este no entró en vigor hasta el 27 de enero de 1980, vid. B.O.E. núm. 142, de 13 de junio de 1980. Para el estado actual del convenio, vid. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en)

<sup>54</sup> La CV deja fuera de su ámbito de aplicación material contratos de compraventa vinculados con más de un ordenamiento jurídico que no reúnen su requisito de internacionalidad. Este sería el caso, por ejemplo, de contratos de compraventa celebrados entre partes cuyos establecimientos se sitúan, en dicho momento, en el mismo Estado contratante, pero el lugar de entrega de las mercaderías se pacta para que se lleve a cabo en otra jurisdicción.

<sup>55</sup> De acuerdo con el art. 95 CV, todo Estado puede declarar, eso sí, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que no quedará obligado por el art. 1.1.b) CV. Han realizado dicha declaración Armenia, la República Popular China, San Vicente y las Granadinas, Singapur y los Estados Unidos de América. Además, se apunta que la reserva que realizó Checoslovaquia cuando depositó su instrumento de ratificación en 1990 se extiende a la República Checa y a Eslovaquia. El efecto de esta declaración es que el Estado que ha formulado la reserva no está obligado a aplicar la CV cuando no se dan las condiciones de su art. 1.1.a). No obstante, se han planteado dudas acerca de su efecto jurídico sobre los Estados contratantes que no han formulado dicha reserva, concretamente, cuando de acuerdo con el art. 1.1.b) CV es aplicable la ley de un Estado contratante que hizo la declaración ex art. 95 CV. Entre otras, esta cuestión es considerada por el Consejo Consultivo de la CISG en su Opinión No. 15, disponible en español en: [https://ciscac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish\\_opinion15.pdf](https://ciscac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_opinion15.pdf)

<sup>56</sup> *Rectius*, el art. 1.1.b) CV se refiere a “las normas de derecho internacional privado”, y la misma expresión se encuentra en el art. 7.2 CV, precepto que establece el método para integrar sus lagunas internas. En todo caso, se entiende que esta expresión alude a las reglas del sistema de DIPr del tribunal competente cuya función es designar la ley aplicable al contrato, básicamente, a las normas de conflicto de leyes.

## ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

(arts. 2 y 3)<sup>57</sup> el cual, en el momento de celebrarse, las partes tenían sus establecimientos en Estados contratantes [art. 1.1.a)] en los que la CV estaba en vigor (art. 100.1) o, no dándose esta condición [art. 1.1.b)], lo está en el Estado contratante cuya ley es designada para regir el contrato por la norma de conflicto del foro (art. 100.2).

En efecto, el Derecho internacional público impone a los tribunales de los Estados parte la obligación de aplicar la CV cuando se reúnan las condiciones previstas en sus arts. 1 a 3 y 100<sup>58</sup>. Ahora bien, mientras que la CV es vinculante para los tribunales de los Estados contratantes, su régimen tiene carácter dispositivo para las partes del contrato. En este sentido, el art. 6 CV apuntala la autonomía de la voluntad de las partes como uno de los principios generales en los que se basa la Convención (art. 7.2 CV), de manera que las partes pueden acordar excluir su aplicación (“*opt out*”). El art. 6 CV dispone que: “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención, o, (...), establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”.

Teniendo en cuenta esta naturaleza híbrida de la CV, la forma más efectiva que tienen los operadores jurídicos de asegurarse que el tribunal competente no aplicará la CV es incluyendo una cláusula en el contrato por la que esta se excluya expresamente. No obstante, en defecto de una manifestación tan incontrovertida de la intención de las partes de excluir la CV, los tribunales pueden tener dificultades a la hora de establecer si su intención ha sido realmente la de escapar a la aplicación de su régimen uniforme.

A este respecto, dos situaciones resultan complejas cuando el tribunal competente pertenece a un Estado contratante de la CV que a su vez es Estado miembro de la Unión Europea (“UE”), y el *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*<sup>59</sup> concurre en la reglamentación del contrato de compraventa internacional de mercaderías litigioso. El Reglamento Roma I (“RRI”) unifica las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros en materia de obligaciones contractuales, con la excepción de Dinamarca<sup>60</sup> que sigue vinculada por su *forerunner*, el *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“CR”)<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> La CV no contiene una definición del contrato de compraventa de mercaderías, si bien la doctrina es unánime al entender que rige las ventas de bienes muebles corporales. Asimismo, sus arts. 2 y 3 ayudan a delimitar su concepto, por un lado, mediante la exclusión, en su art. 2, de seis categorías de transacciones en atención a su finalidad [*ad ex* consumo, letra a)] o al tipo de bien [*ad ex* embarcaciones, letra e)]; y, de otro lado, su art. 3 excluye, en determinadas condiciones, los contratos en los que la obligación del comprador no consiste únicamente en pagar el precio de las mercaderías, así como los contratos mixtos en los que la obligación del vendedor no se limita a entregar las mercaderías.

<sup>58</sup> Vid. los arts. 26 y 27 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, *supra* nota 13.

<sup>59</sup> DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008; y corrección de errores en DO núm. L 309, de 24 de noviembre de 2009.

La primera de las situaciones a las que aludíamos es la de un contrato de compraventa internacional de mercaderías en el que las partes, con arreglo al art. 3.1 RRI, han incluido una cláusula por la que eligen la ley de un Estado contratante de la CV *qua lex contractus*. La segunda es la de un contrato regido por la CV en el que, durante el proceso judicial, las partes eligen tácitamente la ley del foro a través de sus escritos de demanda y contestación, elección tácita que autorizaría el art. 3.2 RRI. En ambos supuestos, la principal cuestión que se plantea es la de saber si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual que les reconoce el art. 3 Roma I de elegir de forma expresa y tácita la ley de un Estado para regir su contrato, tienen la intención de escapar a la aplicación de la CV, cuyo régimen es derogable con arreglo a su art. 6.

Para analizar esta cuestión, primero se expondrán las condiciones que deben darse para que, *in casu*, tanto la CV como el RRI sean aplicables para regular el contrato de compraventa internacional de mercaderías (apartado 2). A continuación, nos ocuparemos de la facultad de “*opt* “*out*” del art. 6 CV, destacando el tratamiento dispar que encuentra entre la jurisprudencia y la doctrina (apartado 3). Este escenario es, precisamente, el que busca corregir el Consejo Consultivo de la CISG<sup>63</sup> (“CISG-AC”) - una institución privada e integrada por académicos que vela por la aplicación uniforme de la CV - a través de su Opinión No. 16 “Exclusión de la Convención de acuerdo con el artículo 6 CISG” adoptada en el año 2014<sup>64</sup>, y que expondremos en el apartado 4. En última instancia, las seis reglas jurídicas de la Opinión No. 16 del CISG-AC serán examinadas a la luz del art. 3 RRI, en particular, para reflexionar acerca de su posible incompatibilidad con el Roma I (apartado 5).

---

<sup>60</sup> Sobre la cláusula de exclusión voluntaria de Dinamarca en relación con las medidas adoptadas sobre la base del Título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la UE, vid. el Protocolo n° 22 anejo al TFUE y, en particular, el Cdo. 46 del RRI.

<sup>61</sup> El CR puede seguir aplicándose por los tribunales españoles para designar la ley aplicable a los contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009, pero después del 1 de septiembre de 1993, fecha en la que el CR entró en vigor en España y Portugal, vid. B.O.E. núm. 171, de 19 de julio de 1993; y corrección de errores en B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

<sup>62</sup> De acuerdo con el art. 24.1 RRI, el Reglamento sustituye al CR en los Estados miembro de la UE.

<sup>63</sup> “CISG” son las siglas de la Convención en inglés, esto es, “*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”. El Consejo Consultivo ha optado por mantener las siglas de la Convención en inglés al traducir el nombre original de la propia institución (“CISG Advisory Council”) al español (“Consejo Consultivo de la CISG”). Con todo, puesto que la CV fue redactada en las seis lenguas oficiales de la Organización de las Naciones Unidas y el español es una de ellas, en este trabajo hemos preferido utilizar las siglas del instrumento en español, salvo para referirnos al Consejo Consultivo de la CISG, incluida su forma abreviada (“CISG-AC”).

<sup>64</sup> La Opinión No. 16 fue adoptada por una unanimidad durante la 19ª sesión del CISG-AC celebrada en Pretoria (Sudáfrica) el 30 de mayo de 2014. La traducción al español fue realizada por R. Momberg y revisada por A. Garro y P. Perales Viscasillas, disponible en: [https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish\\_Opinion\\_16.pdf](https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_Opinion_16.pdf)

## **2. La concurrencia normativa en el contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980 y Reglamento Roma I**

A menudo, la CV y el RRI resultan aplicables para regular el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Esta concurrencia normativa se da pese a que estos instrumentos beben de distinta fuente y no emplean la misma técnica de reglamentación para promover la seguridad jurídica en las transacciones comerciales internacionales. De hecho, probablemente estas diferencias dificultan que exista unanimidad entre la doctrina cuando se trata de articular su relación a través de sus respectivas cláusulas de desconexión, los arts. 90 CV y 25.1 RRI<sup>65</sup>. No obstante, en general se parte de la prevalencia de la CV sobre el RRI, de modo que la primera tarea del juzgador es determinar si la CV tiene vocación de regular el supuesto litigioso. Ahora bien, la CV se apoya expresamente en las normas de conflicto de los Estados parte, en nuestro caso, en el RRI, en dos de sus artículos<sup>66</sup>. Así, el art. 1.1.b) CV delega en las normas de conflicto del foro la tarea de designar la *lex contractus* a los efectos de establecer si se cumple su ámbito de aplicación personal en circunstancias en que al menos una de las partes del contrato tiene su establecimiento en un Estado no contratante. Asimismo, la CV reconoce implícitamente su dependencia normativa con respecto al RRI cuando el art. 7.2 CV se remite a la ley designada por sus normas de conflicto para colmar las lagunas internas de la Convención que no puedan resolverse recurriendo a sus principios generales<sup>67</sup>. En uno y otro caso, las normas de conflicto de leyes relevantes del RRI son sus arts. 3, sobre libertad de elección, y el art. 4.1.a), norma de conflicto aplicable en defecto de elección de ley para el contrato de compraventa de mercaderías<sup>68</sup>, la cual se remite a la ley del país de la residencia habitual<sup>69</sup> del vendedor<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> El art. 90 CV cede el paso a todo “acuerdo internacional” ya celebrado o que se celebre y que, “*contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen*” por la CV, “*siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados parte en ese acuerdo*”. El problema principal con esta cláusula es que fue redactada mucho antes de que la UE adquiriese competencia legislativa para adoptar normas de Derecho derivado en materia de DIPr. Por lo tanto, algunos autores descartan que sobre este precepto la CV pueda ceder el paso al RRI, pues no es un “acuerdo internacional”. Por su parte, ya vimos que el art. 25.1 RRI cede el paso a los convenios que los Estados miembro hubiesen celebrado con terceros Estados antes de la adopción del Roma I. El problema de este precepto es que, en aplicación del art. 26 RRI, ningún Estado miembro notificó a la Comisión que ya era parte de la CV, pero sí, en cambio, que era parte del CH1955 (vid. *supra* nota 22). Esto explica que algunos autores entiendan que sobre la base del art. 25.1 RRI no cede el paso a la CV en la medida en que no unifica normas de conflictos de leyes, sino que contiene normas materiales especiales.

<sup>66</sup> Vid. *supra* nota 13.

<sup>67</sup> Aunque la CV no se remita a ellas expresamente, las normas de DIPr del foro también son aplicables para designar la ley aplicable a las cuestiones expresamente excluidas de su ámbito de aplicación material en sus arts. 4 y 5 CV. Por ejemplo, una cláusula penal establecida por las partes para el supuesto de demora en la entrega de las mercaderías o del pago. Sobre esta cuestión, cfr. la Opinión No. 10 del CISG-AC, “Pago de Sumas Convenidas por Incumplimiento de una Obligación en Contratos sujetos a la CISG”, disponible en: [https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish\\_opinion10.pdf](https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_opinion10.pdf)

Para que un tribunal de la UE deba aplicar la CV y el RRI al supuesto litigioso, deben darse una serie de condiciones. Por un lado, cuando el contrato de compraventa internacional de mercaderías entra dentro del ámbito de aplicación material y temporal de la CV, también caerá dentro de los del RRI. El Reglamento tiene un ámbito material más amplio (art. 1 RRI), y será aplicable en la medida en que el contrato se haya celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RRI). De otro lado, sus respectivos ámbitos de aplicación territorial coinciden en 20 de los 27 Estados miembros de la UE, y ello por dos razones distintas. La primera es que todos los Estados miembros de la UE son Estados parte de la CV, salvo Irlanda y Malta. La segunda es que el art. 25.1 RRI -como ya hacía el art. 21 CR, aunque en términos más generosos- cede el paso a los convenios que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales celebrados por alguno o más Estados miembro con terceros Estados con anterioridad a la adopción del Reglamento. Habida cuenta de que, desde el mes de septiembre de 1964, el CH1955 está en vigor en Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Suecia, los tribunales de estos Estados miembros aplican las normas de conflicto de dicho convenio, y no las del RRI/CR, para identificar la ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías<sup>71</sup>. Por último, la condición de aplicación del RRI en el espacio es que la demanda se presente ante el tribunal de un Estado miembro, por lo que este se aplica con independencia de que sus normas de conflicto de leyes se remitan a la ley de un Estado miembro de la UE o no (art. 2).

### 3. El art. 6 de la Convención de Viena de 1980: funciones y contextos

El art. 6 CV cumple varias funciones. A saber, la de afirmar el carácter dispositivo de la CV, regular la facultad de las partes de excluir su aplicación en todo o en parte (o facultad

---

<sup>68</sup> El contrato de compraventa de mercaderías del art. 4.1.a) RRI es un concepto autónomo del DIPr europeo, el cual debe interpretarse del mismo modo en sede de ley aplicable (Roma I) y de competencia judicial internacional (Cdo. 17 RRI). Por lo tanto, es extensible al art. 4.1.a) RRI la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE en la interpretación del foro de competencia especial en materia contractual del art. 7.1.a) del *Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición)* o Reglamento Bruselas I bis (RBIbis). Su versión consolidada está disponible en, <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26> Para una sentencia del TJUE que toma en cuenta el art. 3.1 CV como un indicio en la interpretación del art. 7.1.a) RBIbis, vid. STJUE de 25 de febrero de 2010, C-381-08, *Car Trim*, ap. 36-38, ECLI:EU:C:2010:90.

<sup>69</sup> El punto de conexión de la residencia habitual se concreta en el art. 19 RRI.

<sup>70</sup> Téngase en cuenta la cláusula de excepción del art. 4.3 RRI que permite desplazar la ley designada por los apartados 1 y 2, “*Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos*” con un país distinto, en nuestro caso, al de la residencia habitual del vendedor.

<sup>71</sup> El art. 26 RRI daba a los Estados miembros hasta el 17 de junio de 2009 (i.e., un plazo de un año desde su aprobación) para que notificaran a la Comisión los convenios que hubiese celebrados con terceros Estados en la materia *ex art.* 25.1 RRI. Los Estados miembros que son parte del CH1955 en su mayoría lo notificaron, pero ningún Estado miembro notificó que era parte de la CV, vid., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2010:343:TOC>



## *ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENNA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

de “*opt out*”), y reconocer el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes como un principio general de la CV el cual deber ayudar a colmar sus lagunas internas, esto último de acuerdo con su art. 7.2. En este apartado, nos ocupamos de las dos primeras funciones señaladas.

El carácter dispositivo de la CV tiene como consecuencia inmediata situarla en el mercado de leyes. Desde esta perspectiva, la CV compete con otras leyes - ya sean nacionales, como de fuente no estatal como los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*<sup>72</sup> - para retener para sí la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, los contornos de este mercado vienen definidos por el sistema de DIPr de cada Estado.

En el contexto del DIPr de la UE, el RRI pone a disposición de los contratantes un vasto mercado de leyes. A diferencia de algunos sistemas de DIPr nacionales, el RRI permite a las partes elegir la ley vigente en un Estado -o en una unidad territorial de un Estado con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales (art. 22.1 RRI)<sup>73</sup>-, sea la de un Estado miembro o no de la UE, esté conectada o no objetivamente con el contrato<sup>74</sup>. Y es que la libertad de elección de ley es un principio vertebrador del sistema<sup>75</sup> orientado a alcanzar los objetivos del Reglamento, de favorecer la previsibilidad del resultado del litigio y la seguridad en cuanto a la ley aplicable<sup>7677</sup>.

Para alcanzar estos objetivos, el RRI cree que la mejor forma es que las partes acuerden la ley que les resulte más conveniente. Por dicho motivo, permite que esta ley sea elegida tanto de forma expresa como tácita. En este sentido, el art. 3.1 RRI dispone que, “*La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Si la elección es tácita, uno de los términos del contrato que el juez europeo debe tener en cuenta es la existencia de un acuerdo de elección de foro que confiera competencia exclusiva a los tribunales de un Estado miembro (Cdo. 12). Además, las partes pueden elegir la ley de un Estado para regular la totalidad del contrato, o bien someterlo a diferentes leyes (*dépeçage*). En suma, el art. 3.2 RRI facilita enormemente el cambio de ley aplicable al contrato, pues prevé

---

<sup>72</sup> La última versión de los Principios UNIDROIT, del año 2016, así como sus versiones anteriores, están disponibles en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>

<sup>73</sup> Entre otros sistemas, algunas Comunidades Autónomas de España tienen normas jurídicas sobre el contrato de compraventa, como Navarra y Cataluña.

<sup>74</sup> Compárese con el art. 10.5 del Código Civil español, el cual limita la autonomía conflictual de las partes en materia de obligaciones contractuales, pues la ley expresamente elegida debe tener alguna conexión con el contrato.

<sup>75</sup> Vid. Cdo.11 RRI.

<sup>76</sup> Vid. Cdo. 6.

<sup>77</sup> En suma, el RRI constituye una herramienta, junto con las demás normas de DIPr de la UE, en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual es un objetivo de la UE (art. 3.2 del Tratado de la UE), y una competencia compartida (art. 4.1.j) Tratado de Funcionamiento de la UE). A dicho efecto, y de acuerdo con el art. 81.1 del TFUE, “*La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales*”, base jurídica para la adopción de normas de DIPr por parte de las instituciones de la UE.

que la elección de la ley se haga “*en cualquier momento*”<sup>78</sup>. Esto significa que las partes son libres para elegir o cambiar la ley aplicable al contrato en un momento posterior a su celebración<sup>79</sup> lo que, interpretado teleológicamente, se extiende a las elecciones de ley que las partes realicen dentro del proceso judicial de forma tácita (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2017).

Por otro lado, si las partes incluyen una cláusula en el contrato por la que eligen un Derecho no estatal – como los Principios UNIDROIT – o un convenio internacional – como la propia CV-, el Cdo. 13 RRI aclara que el Reglamento no impide estos pactos. Ahora bien, en virtud de dichas cláusulas de elección del Derecho aplicable las partes no estarán ejerciendo la autonomía de la voluntad conflictual de acuerdo con el art. 3 RRI, sino una mera incorporación por referencia a su contrato de dichos instrumentos. Luego, será la *lex contractus*, en cuanto a ley de un país designada por el art. 3 RRI o, en su defecto, por el art. 4.1.a) RRI, la cual se remite a la del país de la residencia habitual del vendedor; la competente para fijar la validez de este Derecho no estatal incorporado a su contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad material que reconoce a las partes.

De lo dicho hasta ahora se desprende que el carácter dispositivo de la CV tiene un alcance relativo, es decir, es enteramente dependiente del DIPr de cada Estado. En la medida en que la CV no unifica normas de conflicto de leyes, sino, todo lo contrario, se apoya y delega expresamente en las que están vigentes en el foro, su rivalidad con otros derechos sustantivos, de fuente estatal o no, que pueden ser elegidos por las partes es feroz en el contexto del DIPr de la UE. En cambio, en aquellos sistemas de DIPr en los que la libertad de elección de la ley aplicable se limita a que esta guarde una conexión con el contrato, la CV encontrará menos competidores<sup>80</sup>.

En relación con la segunda función del art. 6 CV que apuntábamos, consiste en regular la facultad de “*opt out*” en virtud de la cual las partes pueden acordar excluir la aplicación de la CV, ya sea total o parcialmente. Sin embargo, la disposición ofrece un régimen vago e incompleto, lo que da lugar a interpretaciones divergentes entre la jurisprudencia y la doctrina.

De entrada, el art. 6 CV regula únicamente una de las dos caras de la moneda: la facultad de “*opt out*”, pero no la de “*opt in*” en circunstancias en que la CV no es de aplicación

<sup>78</sup> El art. 3.2 *in primis* RRI establece que, “*Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una Ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento*”.

<sup>79</sup> El art. 3.2 RRI algunos límites al cambio de ley aplicable: preservar la validez formal del contrato y los derechos adquiridos por terceros conforme a la ley anterior.

<sup>80</sup> Preocupada por el hecho de que la libertad de elección de ley en los contratos comerciales internacionales no es de aplicación universal, la HCCH aprobó en el año 2015 los *Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales*. Se trata del primer instrumento de carácter no vinculante de la HCCH cuyo objetivo es reforzar y promover la aceptación de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al contrato a nivel global. Al igual que el Roma I, los Principios parten de la premisa que la autonomía de la voluntad potencia la seguridad y la previsibilidad. *Inter alia*, los Principios pueden servir a los legisladores nacionales que busquen modernizar su sistema de DIP, vid: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-law-principles>

*ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENNA DE 1980 SOBRE  
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

al contrato. Así, si un contrato de compraventa de mercaderías celebrado entre un comprador irlandés y un vendedor maltés incluye un pacto en virtud del cual los contratantes eligen expresamente sujetarlo a la CV, es el RRI, y no la CV, el instrumento competente para regular este “*opt in*”. Por un lado, en esta situación el ámbito de aplicación personal de la CV no se cumple, pues las partes tienen sus establecimientos en Estados no contratantes [art. 1.1.a) CV] y, en defecto de elección de ley (art. 3.1 RRI), el art. 4.1.a) RRI se remite a la ley de un Estado no contratante (i.e., la ley de Malta por ser el país de la residencia habitual del vendedor). De otro lado, tal como hemos expuesto, este pacto consiste en una incorporación por referencia de la CV a su contrato que el Roma I no impide, y cuya validez será evaluada a la luz de la autonomía de la voluntad material permitida por la *lex contractus* designada por sus normas de conflicto. En este supuesto hipotético, según la ley nacional de Malta [art. 4.1.a) RRI]. La misma solución se alcanzaría en pactos de “*opt in*” incluidos en contratos de compraventa de mercaderías que no son internacionales según el art. 1 CV, pero sí que implican un conflicto de leyes *ex* art. 1.1 RRI; o los contratos de compraventa internacional que tengan por objeto una mercadería expresamente excluida del ámbito de aplicación material de la CV, por ejemplo, un yate [art. 2.e) CV].

En cuanto a la regulación de la facultad de “*opt out*”, el art. 6 CV se limita a indicar que esta se puede ejercer para excluir la aplicación de la Convención en todo o en parte. Es decir, la CV regula expresamente “qué” pueden hacer las partes, pero no dice “cómo” pueden escapar a su aplicación. Ahora bien, en general se está de acuerdo en que el “*opt out*” puede ejercerse tanto de forma expresa como tácita. Sobre la primera, es sin duda la más eficaz para excluir la aplicación de la CV ante un tribunal de un Estado contratante obligado a aplicarla en defecto de pacto en contrario. Con respecto a las exclusiones tácitas, la extrema vaguedad del art. 6 CV permitiría tanto las que las partes realizan en ejercicio de la autonomía de la voluntad material como conflictual, aunque solo estas últimas son debatidas.

En ejercicio de su autonomía de la voluntad material, los contratantes derogan tácitamente la aplicación de la CV al redactar un contrato detallado cuyo contenido se aparta de sus normas dispositivas. En definitiva, cuando el art. 6 CV declara el carácter derogable de sus normas, recoge el principio ampliamente reconocido de libertad de contratación en virtud del cual las partes son libres para determinar el contenido del contrato. También derogan tácita y parcialmente la CV cuando no celebran el contrato por escrito, pero pactan un INCOTERM que consta en la factura. En dicho caso, solo algunas disposiciones de la CV han sido excluidas por las partes, como las relativas al lugar de entrega de las mercaderías (art. 31 CV) o a la transmisión del riesgo (art. 66 a 70 CV).

En cuanto a la posibilidad de excluir la aplicación de la CV en virtud de la autonomía de la voluntad conflictual que el DIPr de cada Estado reconoce a las partes, la Opinión No. 16 del CISG-AC ofrece numerosas referencias jurisprudenciales y doctrinales que ponen de manifiesto la variedad de planteamientos que existen en la interpretación y aplicación del art. 6 CV. Para hacernos una idea, en presencia de una cláusula de ley aplicable al contrato de compraventa regido por la CV en virtud de la cual las partes han elegido

expresamente la ley de un Estado contratante, algún tribunal ha aplicado la CV argumentando que el art. 6 CV exige una exclusión expresa<sup>81</sup>, por lo que la ley nacional elegida fue aplicada, en su caso, con carácter supletorio. Otros tribunales han alcanzado el mismo resultado al entender que la elección expresa de la ley de un Estado contratante, o la de una unidad territorial del mismo, se extiende a los convenios que están en vigor en dicho ordenamiento, esto es, a la CV, en sintonía con una doctrina mayoritaria<sup>82</sup>. En cambio, otros tribunales han argumentado que la ley nacional elegida, aunque sea la de un Estado parte de la CV, implica una exclusión tácita del régimen uniforme<sup>83</sup>. Sobre esto último, una doctrina minoritaria entiende que la exclusión de la CV a través de cláusulas de ley aplicable la regulan las normas de conflicto de leyes de cada Estado<sup>84</sup>.

La Opinión No. 16 también se hace eco de las elecciones de ley que las partes han realizado dentro del procedimiento judicial, típicamente basando sus escritos de demanda y contestación en la ley nacional del foro, sin hacer referencia alguna a la CV. Aquí hay numerosa jurisprudencia que concluye que en dicho caso las partes excluyeron tácitamente la aplicación de la CV<sup>85</sup> y, por ende, el tribunal resolvió el fondo del litigio exclusivamente *ex lege fori*. Sin embargo, algunos autores entienden que esta conducta procesal no es suficiente para excluir la CV de acuerdo con su art. 6, pues consideran que las partes no pueden disponer libremente de las normas aplicables a menos que tengan conocimiento de su aplicabilidad. En otras palabras, para escapar a la aplicación de la CV y aplicar la ley nacional del foro elegida tácitamente, es necesario que dicha elección sea informada<sup>86</sup>. Esta postura contrasta con la jurisprudencia dictada por los tribunales españoles lo cuales son proclives a excluir la CV con arreglo a su art. 6, en la medida en que las partes consienten tácitamente en que el litigio se resuelva conforme al derecho nacional<sup>87</sup>.

#### 4. La estandarización del “*opt out*” por el Consejo Consultivo de la CISG

La deficiente regulación que el “*opt-out*” encuentra en el art. 6 CV se ha completado y estandarizado por el CISG-AC en su Opinión No. 16 con el fin de promover su interpretación y aplicación uniformes que endereza la situación actual. El CISG-AC es una iniciativa privada fundada en el año 2001 en París (Francia) por un grupo de renombrados profesores provenientes de Universidades de todo el mundo. Su finalidad es, en esencia, promover la aplicación uniforme de la CV<sup>88</sup> en consistencia con su art. 7.1 el cual prevé que, en su interpretación, “(...) *se tendrán en cuenta su carácter*

<sup>81</sup> Vid. párr. 4.2 de la Opinión No. 16.

<sup>82</sup> Ibid. párrs. 2.2 y 4.2.

<sup>83</sup> Ibid. párr. 3.1.

<sup>84</sup> Ibid. párr. 2.2.

<sup>85</sup> Ibid. párrs. 5.1 a 5.18.

<sup>86</sup> Ibid. párr. 5.19.

<sup>87</sup> Ibid. párr. 5.10, nota 106.

<sup>88</sup> Sobre la finalidad del CISG-AC, vid. el Art. II de los Estatutos del CISG-AC disponibles en inglés en: <https://cisgac.com/about-us/cisg-advisory-council-bylaws/>

*ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENNA DE 1980 SOBRE  
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTE INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

*internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*". A dicho efecto, el CISG-AC emite y publica Declaraciones y Opiniones en inglés, ya sea a petición de una organización o *motu proprio*, para que sean traducidas a las otras cinco lenguas oficiales de la CV, así como a otras ampliamente utilizadas en el comercio internacional<sup>89</sup>.

La Opinión No. 16 sobre la exclusión de la aplicación de la CV con arreglo a su art. 6, consta de seis reglas jurídicas o "*black-letter rules*" adoptadas por el CISG-AC *motu proprio*. La regla 1 establece que el principio de autonomía de la voluntad del art. 6 CV permite a las partes llegar a un acuerdo para excluir su aplicación, tanto en el momento de perfeccionarse el contrato como después. La regla 2 aclara que la "*manera de excluir*" la aplicación de la CV (i.e., el "cómo") se rige por la propia Convención. Concretamente, la validez formal del acuerdo de exclusión la regula su art. 11, la formación de dicho acuerdo se sujeta a sus arts. 14 a 24, mientras que la posibilidad de modificarlo posteriormente lo gobierna su art. 29.

En las reglas 3 a 6 el CISG-AC asume el rol de un legislador. Así, la regla 3, de entrada, somete la interpretación de la intención de las partes de excluir la aplicación de la CV a su art. 8 el cual se ocupa de la interpretación de los contratos, en general, declaraciones y conductas de las partes. Ahora bien, seguidamente sustrae la interpretación de dicha intención a los métodos que recoge el art. 8 CV, al exigir un estándar cualificado. Esto es, el CISG-AC considera que dicha intención, "*(...) debe ser claramente manifiesta, ya sea en el momento de la perfección del contrato o en cualquier momento posterior*". Además, propone que este mismo estándar sea aplicado en las elecciones de ley aplicable realizadas dentro del procedimiento judicial de las que se ocupan las reglas 5 y 6.

Por su parte, la regla 4 también se desvía del régimen general del art. 8 CV, concretamente, de su art. 8.3, el cual establece que, para interpretar la voluntad de las partes, "*(...) deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular, las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*". A este respecto, la regla 4 viene a limitar el rango de circunstancias que debe tener en cuenta el juzgador a la hora de establecer la intención de las partes de excluir la aplicación de la CV pues se fija exclusivamente en las cláusulas de elección de ley aplicable que estas hayan incluido en el contrato.

En efecto, la regla 4 sienta estándares objetivos (art. 8.2 CV) que deben aplicarse para confirmar que la intención de excluir la CV es "claramente manifiesta". Así, esta: "*a) cabe ser inferida, por ejemplo, de: i) la exclusión expresa de la CISG; ii) la elección del derecho de un Estado no contratante; iii) la elección específica de una ley o código nacional cuya aplicación hubiera sido expresamente excluida por la CISG*". En cambio, la intención, "*b) no cabe ser inferida simplemente de, por ejemplo: i) la elección del*

---

<sup>89</sup> Hasta la fecha, el CISG-AC ha publicado un total de 23 Opiniones y 2 Declaraciones.

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

Por último, las reglas 5 y 6 se ocupan de las exclusiones de la CV durante el procedimiento judicial. En este sentido, la regla 5 también limita el rango de circunstancias que puede tener en cuenta el juez a la hora de interpretar la intención de los partes en litigio al establecer que, *“no cabe inferir la intención de excluir la CISG por el hecho de que una o ambas partes se abstengan de alegar o presentar argumentos basados en la CISG”*. Y ya la regla 6 cierra el régimen indicando que, *“No cabe recurrir a los principios de derecho doméstico en materia de renuncia para determinar si las partes han tenido la intención de excluir la CISG”*.

El CISG-AC justifica su estándar estricto y uniforme hacia las exclusiones de la CV vía elecciones de ley aplicable hechas por las partes de forma expresa y tácita, fuera y dentro del proceso judicial, porque promueve la eficiencia y la certeza, y hace predecible la aplicación de la CV. Además, es la posición que mantendría una doctrina mayoritaria y que sería consistente con la preocupación que trascendió durante la Conferencia Diplomática de que, *“el derecho uniforme se tornaría inefectivo si los tribunales eran poco exigentes al determinar la exclusión”*. En última instancia, el principio *in dubio pro conventione* serviría a todos estos propósitos<sup>90</sup>.

El estándar es estricto porque las cláusulas de elección de ley aplicable por las que las partes eligen la ley de un Estado contratante o de una de sus unidades territoriales deben ser ineficaces para escapar a la aplicación de la CV. Y es uniforme, porque el mismo resultado debe alcanzarse durante el procedimiento judicial cuando las partes basan íntegramente sus escritos en la ley nacional. Sobre esto último, el CISG-AC argumenta que, *“El requisito de la intención clara de excluir la aplicación de la CISG puede darse por satisfecho si, **de manera informada**, los abogados presentan un acuerdo expreso destinado a excluir la aplicación de la CISG”*<sup>91</sup>.

##### **5. Implicaciones de la estandarización del “opt-out” sobre el Roma I: algunas reflexiones**

Son varias las cuestiones de la Opinión No. 16 que merecen ser analizadas, si bien aquí nos limitaremos a reflexionar acerca de sus implicaciones sobre el Roma I. A este respecto, lo primero que se dirá es que el CISG-AC muestra poca sensibilidad hacia la existencia de normas de conflicto uniformes que aplican, aproximadamente, una tercera parte de sus Estados contratantes, ya sea en virtud del CH1955, del CR o del RRI, al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Y es que uno de los aspectos más relevantes que debe abordarse es, precisamente, la concurrencia normativa que se da entre el RRI y la CV en la regulación de los acuerdos de elección de ley aplicable.

---

<sup>90</sup> Ibid. párr. 3.5

<sup>91</sup> Resaltado añadido. Ibid. párr. 5.21.

*ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE  
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

En su Opinión No. 16, el CISG-AC afirma que, “La CISG controla la norma de conflicto cuando se trata de un contrato regulado prima facie por ella”<sup>92</sup>. No se está de acuerdo con esto, concretamente, cuando la norma de conflicto está en un convenio o Reglamento. La CV prevalece sobre el RRI para regir el contrato de compraventa internacional de mercaderías, y depende expresamente de las normas de conflicto del Roma I ex arts. 1.1.b) y 7.2 CV. Sin embargo, la CV no contiene ninguna norma de conflicto de leyes que permita a las partes elegir la ley aplicable al contrato. Es más, la unidad de base de la CV es el contrato de compraventa de mercaderías, no el acuerdo de ley aplicable, el cual es independiente del contrato principal (principio de separabilidad), con arreglo al art. 3.5 RRI. Luego, en la regulación de los acuerdo de elección de ley aplicable que afecten a un contrato regido por la CV, el RRI prevalece sobre la CV.

La prevalencia del RRI sobre la CV implica, de entrada, que el juez europeo está obligado a partir del art. 3 RRI para determinar qué ley han acordado las partes conforme a sus apartados 1 y 2, sin perjuicio de que las conexiones específicas previstas en los arts. 10 y 11 del RRI para la validez material y formal del acuerdo de ley aplicable, respectivamente, a las que se remite el art. 3.5 RRI, hagan aplicables la CV. En segundo lugar, el régimen de elección de la *lex contractus* de los apartados 1 y 2 es uniforme, de modo que no puede verse afectado por las “black-letter rules” de la Opinión No. 16 las cuales, en algunos puntos, son incompatibles con el sentido y fin de la libertad de elección que ha configurado el RRI.

La libertad de ley aplicable en el RRI no es un punto de conexión neutro, sino que está materialmente orientado a alcanzar los objetivos de previsibilidad y de seguridad jurídica del instrumento. Además, la amplia libertad que el art. 3 RRI confiere a las partes arranca de la premisa que estas son las mejor situadas para designar la ley aplicable al contrato, por lo que el juez debe proteger sus legítimas expectativas cuando están de acuerdo en la ley que debe regir su contrato. Desde estos esquemas, la CV, cuya naturaleza es dispositiva según su art. 6, es una ley más de la que las partes pueden disponer libremente, esto es, sin tener que dar explicaciones al juez de los motivos que justifican su elección o exclusión. Así, cuando el RRI autoriza a las partes a elegir cualquier ley, conectada o no con el contrato, es porque no requiere que dicha elección sea informada, a diferencia de lo que sucede en otros Reglamentos, por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>93</sup>. En el DIPr europeo en materia de familia, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes está limitada a leyes conectadas con la situación privada, porque se exige que la elección de ley sea informada<sup>94</sup>. Por el contrario,

---

<sup>92</sup> Ibid. párr. 2.3.

<sup>93</sup> Vid. el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, de 29 de diciembre de 2010, <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1259/oj>

<sup>94</sup> Vid. los Cdos. 16 a 18, y el art. 5.3 del Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, nota *supra*.

el art. 3 RRI parte de la premisa que los contratantes están capacitados para elegir la ley rectora de su contrato, conozcan o no su contenido<sup>95</sup>.

Ciertamente, el art. 3 RRI exige del juez europeo que aplique la ley que claramente hayan elegido las partes, ya sea de forma expresa o tácita. Sin embargo, esta “claridad” se proyecta sobre la convicción que debe tener el juez acerca de la “existencia” de un acuerdo entre las partes sobre la ley elegida, no sobre la “forma” en que dicho acuerdo se manifieste. A este respecto, es preciso traer a colación la corriente mayoritaria que entiende que la remisión que hace la norma de conflicto del Roma I a la ley de un Estado se extiende a los convenios, como la CV, que estén vigor en dicho ordenamiento, siempre y cuando se cumplan sus condiciones de aplicación. Es decir, no se trata de que, en virtud del art. 1.1.b) CV, la CV sea aplicable al contrato cuando el Roma I designe la ley de un Estado contratante; sino de que la remisión que hacen las normas de conflicto del Roma I a la ley de un Estado no se detiene en las normas que en este regulan las obligaciones contractuales en situaciones domésticas. Dejando al margen la exclusión del reenvío que recoge el art. 20 RRI, si la *lex contractus* es la ley de un Estado parte de la CV, la remisión que hace la norma de conflicto del RRI – ya sea en virtud de su art. 3 o 4- a dicha ley alcanza a la CV, la cual será aplicada si se reúnen los requisitos de los arts. 1 a 3 y 100 CV. Esto significa que, si el contrato no cumple con el requisito de internacionalidad del art. 1 CV y la *lex contractus*, según el RRI, es la de un Estado contratante de la CV, la remisión que la norma de conflicto del Roma I haga a dicha ley no debe extenderse, en estas circunstancias, a la CV.

Ahora bien, cuando la ley elegida por las partes *ex art. 3 RRI* es la de un Estado contratante de la CV, defender que el juez debe aplicar la CV porque esta forma parte del ordenamiento de dicho Estado y se reúnen sus condiciones de aplicación puede ir en contra de lo que las partes hayan acordado y, por ende, del art. 3 RRI. En la medida en que el art. 6 CV no impone a las partes un “*opt-out*” expreso para escapar a su aplicación, una cláusula por la que las partes eligen la ley de un Estado contratante tampoco debe conducir automáticamente a un “*opt in*”. Para determinar si hay un acuerdo de ley aplicable, el art. 3 RRI exige que la ley elegida se manifieste expresamente o de forma inequívoca. Sin embargo, cuando las partes eligen la ley alemana, la suiza, la italiana o la catalana para regular un contrato sujeto a la CV, lo que puede ocurrir es que de esta elección “expresa” el juez no pueda establecer su intención de excluir la CV de “forma inequívoca”. Con todo, el art. 3 RRI no parece impedir que el juez europeo, para interpretar el término, *ad ex* “ley belga”, de su pacto de elección de ley incluido en el contrato de compraventa, tenga en cuenta la conducta procesal de las partes apuntando hacia una elección a favor de la ley nacional belga, con exclusión de la CV.

---

<sup>95</sup> Cfr. párrs. 5.17 y 5.21 de la Opinión No. 16, exigiendo, dentro del procedimiento judicial, que los abogados de las partes presenten un acuerdo expreso de exclusión de la CV en circunstancias en que estas han basado sus escritos de demanda y contestación íntegramente en la ley nacional, sin que ninguna de ellas alegue la CV o discuta su aplicación para resolver su controversia.



## *ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENE DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTE INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

Por todo ello, el juez europeo que resuelve el litigio conforme a la ley nacional que las partes han acordado expresa o tácitamente, no entra en un supuesto de “*incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado*”<sup>96</sup> ya que, en aplicación del art. 3 RRI, habrá concluido que existe claramente un acuerdo entre las partes para que el litigio se resuelva conforme a dicha ley nacional y, conscientes o no, su intención que no se aplique ninguna otra ley, como es la CV. Es más, en la medida en que el estándar estricto y uniforme adoptado por el CISG-AC no permite que las partes elijan y cambien libremente, y en cualquier momento, la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías en condiciones tan favorables como las que prevé el Roma I, no debe ser seguido por el juez europeo ya que el Roma I prevalece sobre la CV en la reglamentación de los acuerdos de ley aplicable.

### **6. Bibliografía citada**

Calvo Carvaca, A-L., Carrascosa González, J. (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Leyva Saaverdra, J., Perales Viscasillas, P., “La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 53, 2000, pp. 863-904.

Schwenzer, I., Hachem, P., “The CISG Successes and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, No. 2 (Spring 2009), pp. 457-478.

Spagnolo, L., “A glimpse through the kaleidoscope: choices of law and the CISG (Part I)”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Vol.13, 2009, pp. 135-156.

---

<sup>96</sup> Cfr. párr. 6.1.de la Opinión No. 16.