

“Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías”

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos*

Publicado en *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 5, 2005, pp. 103-151.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*
<http://eprints.ucm.es>

FUNCIÓN Y ALCANCE DE LA *LEX MERCATORIA* EN LA CONFORMIDAD MATERIAL DE LAS MERCANCÍAS*

I. Introducción. II. La *lex mercatoria* en presencia de Derecho material uniforme: 1. Regulación material uniforme de la conformidad de las mercancías: A. Conformidad material de las mercancías objeto de compraventa internacional. B. Problemática de la inspección *inter partes* de las mercancías. 2. Funciones de la *lex mercatoria* en presencia de Derecho material uniforme: A. Actualización, integración e interpretación de las normas materiales uniformes a través de la autonomía de la voluntad. B. Integración e interpretación uniforme de las normas materiales. III. La *lex mercatoria* en defecto de Derecho material uniforme: la conformidad de las mercancías y el contrato internacional de inspección de mercancías: 1. La inspección por tercero: el contrato de inspección. 2. Funciones de la *lex mercatoria* en defecto de Derecho material uniforme: A. Función conformadora: las condiciones generales de las sociedades certificadoras. B. Los usos, prácticas y costumbres y los Principios de Derecho contractual en la integración de las normas de la *lex mercatoria*. IV. Alcance de la *lex mercatoria*: intervención de las normas estatales: 1. Función supletiva del Derecho estatal: A. Integración de las lagunas *intra legem*. B. Interpretación de las normas materiales e integración de las lagunas *praeter legem*. 2. Intervención de las normas imperativas. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Desde que se comenzara a dedicar atención al fenómeno de la *nueva lex mercatoria*, la juridicidad y la conformación de ese cuerpo normativo han sido objeto de un inabarcable número de estudios doctrinales, tan diversos en sus enfoques como en las conclusiones que de ellos pueden derivarse¹ y en las consecuencias que comporta su proyección a la elaboración o interpretación de las normas jurídicas². Semejante amplitud en su tratamiento, sin embargo, no ha conseguido agotar la discusión sobre la función y el alcance de dicha *lex mercatoria*; antes al contrario, sigue avanzando a medida que ciertos postulados adquieren una aceptación generalizada y que se suceden determinados acontecimientos de orden jurídico.

Así, en la actualidad cabe partir de una premisa incontestable, cual es que el intercambio transfronterizo de bienes y servicios demanda una normativa material supranacional, ajustada a las necesidades de las operaciones del tráfico globalizado; que el método conflictual constituye, en las operaciones del comercio internacional, “un remedio casero para un mal universal”³, cualquiera que sea el carácter de las

* La autora desea mostrar su gratitud a Bettina Maxion y Laura Tikanvaara, así como al resto del personal de la Biblioteca del Instituto UNIDROIT (Roma) por la inestimable ayuda prestada durante su estancia de investigación en el Instituto. El agradecimiento se hace extensivo, asimismo, al Dr. Herbert Kronke y a la Dra. Frédérique Mestre, por la atención dispensada durante dicha estancia.

¹ Vid. una interesante sistematización de las diferentes posturas doctrinales en C. Pamboukis, “La *lex mercatoria* reconsiderée”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, pp. 645-659.

² Baste recordar la impronta de P. Lagarde (vid. “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Les droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, pp. 125-150) en las soluciones del Convenio de Roma de 1980 [Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE núm. 1, 19-VII-1993, corr. err. *ibid.*, núm. 189, 9-VIII-1993)] frente a la influencia de F.K. Juenger en la Convención Interamericana de México (que él mismo hace patente en “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, pp. 381-393, esp. p. 391).

³ La elocuente expresión sería de S. Sánchez Lorenzo, en F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15-47, p. 24 (compárese con. F.K. Juenger, “The *lex mercatoria* and private international law”, *Uniform L. Rev.*, 2001, pp. 171-187). La inadecuación de la norma de conflicto es apuntada de forma prácticamente

normas de conflicto –multilaterales o unilaterales– en que se concrete⁴. A ello se une el acontecimiento de un hecho jurídico definitivo: en respuesta a esa indiscutible conveniencia de un Derecho transnacional uniforme, han irrumpido en el panorama normativo unos instrumentos hasta la fecha desconocidos en la tradición legislativa europea y de los que se ha predicado una contribución fundamental al cambio de paradigma en el Derecho del comercio internacional⁵: los Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional⁶ y los Principios de Derecho contractual europeo⁷. Ambos elementos habrían impulsado la penetración, en la vieja disputa centrada en torno a la dialéctica “autonomía material v. autonomía conflictual” o “Derecho material v. Derecho conflictual”, de un nuevo enfoque, que postula la superación de esa distinción⁸. La puesta a disposición de estos instrumentos y su efectiva aplicación por parte de los operadores jurídicos invitan definitivamente a “superar la dicotomía clásica”, habilitando la “autonomía conflictual mercatoria”⁹.

unánime entre la doctrina: *vid.*, *v. gr.*, J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*». *Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 380-385; K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 9-24; y las referencias en ambos contenidas.

⁴ Cf. F.K. Juenger y S.A. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 24. No aportan nada sustancialmente distinto, en este sentido, ciertas propuestas unilateralistas, como la de I.F.G. Baxter, que, crítico con el resultado nacionalizador de la norma de conflicto multilateral, sugiere la extensión de la aplicación de la *lex fori*, con las debidas adaptaciones en ésta para supuestos internacionales y procurando el reconocimiento de los derechos adquiridos (*vid.* en “International Business and Choice of Law”, *ICLQ*, vol. 36, 1987, pp. 92-131). Lo que Baxter propone, en definitiva, es que la *lex fori* contenga normas materiales especiales, sin reparar en que, en todo caso, son normas que tienen un origen nacional y necesariamente proyectan las categorías jurídicas propias. Como solución desprovista de toda “nacionalización”, probablemente sólo es enteramente adecuada una regulación de origen supranacional: *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5219-5237, esp. p. 5213.

⁵ Cf. K. Boele-Woelki, “Principles and Private International Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts”, *Uniform L. Rev.*, 1996, pp. 652-678, esp. p. 659.

⁶ En los idiomas oficiales, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, UNIDROIT, 2004/ *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Roma, UNIDROIT, 2004. Existen traducciones a diversos idiomas, entre ellos, el español (aunque, por el momento, sólo en la versión de 1994).

⁷ *Vid.* The Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I y II*, O. Lando y H. Beal (Eds.), La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann (Eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2003.

⁸ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, «*Pacis Artes*», *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, tomo II, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, pp. 1765-1786, esp. pp. 1775-1778; en el mismo sentido, J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIPr*, t. 4, 2004, pp. 35-78, esp. pp. 76-78.

⁹ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales...”, *loc. cit.*, pp. 1775-1778. Resultan plenamente convincentes, en defensa de la autonomía conflictual mercatoria, los argumentos de P. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. com. int.*, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 874-880; *vid.*, igualmente, F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 37; K. Boele-Woelki, “Principles and Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 664-670; B. Ancel, “Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 33-45, esp. pp. 41-45; J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*»..., *op. cit.*, pp. 93-95. *Vid.*, además, una opinión también favorable a la designación de estos Principios como *lex contractus*, con una detallada exposición de ventajas e inconvenientes, en Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RabelsZ*, 2004, pp. 1-118, esp. pp. 32 y 33.

Los Principios son instrumentos pertenecientes a la *lex mercatoria*¹⁰, “ordenamiento transnacional” integrado además, como es sabido, por otros instrumentos muy diversos¹¹: usos y costumbres del comercio internacional, contratos-tipo y condiciones generales de contratos internacionales, prácticas comerciales, cláusulas tipo, códigos de conducta y principios jurídicos, entre otros¹². En esta sede, el salto cualitativo que dichos Principios comportan, lo que los diferencia de esos otros instrumentos –hasta el punto de ser considerados *sui generis*¹³–, es que constituyen una suerte de “código de contratos” que presenta una clara vocación de neutralidad y completud¹⁴. La puesta a disposición de los operadores del tráfico de estas normas materiales uniformes, de fácil determinación y aplicación, específicamente elaboradas para las relaciones del comercio internacional y de una calidad muy superior al de cualquier Derecho estatal, fomentaría la inversión del esquema conflictualista enraizado¹⁵: las normas de conflicto se encontrarían abandonando la función localizadora para desempeñar una “misión complementaria y progresivamente residual en la consecución de una unificación material”¹⁶.

Ciertamente, los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho contractual europeo habrían estimulado el aludido cambio de paradigma, que en definitiva comporta analizar las relaciones entre el Derecho material uniforme y el Derecho estatal en atención a los límites que éste impone sobre aquél –a través de las normas imperativas–, y a la necesidad que aquél (el Derecho transnacional material uniforme) tiene de acudir a las normas estatales para la interpretación e integración de lagunas. En efecto, esta visión es ya predicable de la regulación de relaciones jurídicas a las que resultan de aplicación determinados instrumentos convencionales de Derecho uniforme; pero también podrá proyectarse a los contratos regidos por otras normas materiales uniformes pertenecientes a la *lex mercatoria*, como denota la actuación de tribunales –también– estatales, en relación, por ejemplo, con las Reglas y Usos Uniformes de la CCI en materia de crédito documentario (RUU-500)¹⁷, especialmente cuando se completan con los Principios de Derecho contractual (UNIDROIT o PDCE)¹⁸.

¹⁰ Los Principios son considerados por la doctrina “una expresión particularmente autorizada y válida de la *lex mercatoria*” [cf. P. Lalive, “L’arbitrage international et les Principes UNIDROIT”, M.J. Bonell y L. Ferrari Bravo (Eds.), *Contratti internazionali e Principi UNIDROIT*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 71-89, esp. p. 80]; de hecho, su propia gestación hace patente tal pertenencia a la *lex mercatoria* (cf. K.P. Berger, “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Law and Policy in International Business*, vol. 28, 1997, pp. 943-990, esp. p. 960). Pero, además, ellos mismos se declaran aplicables “cuando las partes han acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho o por la *lex mercatoria* o similar” (vid. Preámbulo).

¹¹ Que conjuntamente conforman algo más que la suma de sus componentes, como pone de relieve M. Virgós Soriano, “Voz *Lex mercatoria*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3992-3994.

¹² Resumidamente, vid. A. Goldštajn, “Reflections on the Structure of the Modern Law of International Trade”, en P. Šarčević (Ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws, A Collection of Essays*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990, pp. 14-35, esp. p. 17.

¹³ En este sentido, J. Basedow, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform L. Rev.*, 2000, pp. 129-139, esp. pp. 132 y 139.

¹⁴ Lo prueba el hecho de que contienen normas sobre interpretación y declaran su sujeción a las normas estatales de carácter imperativo (vid. K. Boele-Woelki, “Principles and Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 685-686; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 46-47).

¹⁵ Consistente en partir de la localización del Derecho estatal aplicable para posteriormente determinar el grado de intervención que requiere el Derecho material uniforme: cf., de nuevo, S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales...”, *loc. cit.*, p. 1768.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Así, en el asunto *Interco c. North African International Bank*, resuelto por la *Cour d’appel* de Túnez: vid. –críticamente– S. Bostanji, “De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique”, *JDI*, 2005, pp. 1067-1091.

¹⁸ En lo sucesivo me limitaré a analizar las posibilidades de intervención de los Principios UNIDROIT, por una cuestión de mera economía. Como es sabido, éstos y los PDCE muestran importantes semejanzas en estructura, contenido, terminología y reglas de interpretación: (vid. O. Lando,

2. Las indudables ventajas que reporta la presencia de normas materiales uniformes de fuente internacional para la regulación de un sector¹⁹ explican que la inexistencia de tales normas en el Derecho positivo (normas convencionales de Derecho uniforme o normas estatales derivadas de la transposición de instrumentos de *soft law*, tales como leyes modelo²⁰) dote a la *lex mercatoria* de una mayor significación. Así, cuando para la regulación de una concreta relación jurídica existen normas positivas de Derecho material uniforme, la *lex mercatoria* desempeña fundamentalmente una función de actualización, integración e interpretación de esas normas materiales, vinculada a la autonomía de la voluntad de las partes; si bien, sirve también a una interpretación uniforme de dichas normas, independiente de toda autonomía de la voluntad. En defecto de tales normas positivadas o vinculantes, la *lex mercatoria* trata, además, de erigirse en el propio Derecho material uniforme, cumpliendo con ello una función conformadora de dicho Derecho material.

Según el enfoque mencionado, en un caso y en otro (cuando el Derecho material uniforme está positivado y cuando es parte de la *lex mercatoria*), las normas de conflicto determinan el Derecho conforme al cual se interpretan e integran las normas materiales aplicables (en la medida en que no puede hallarse una interpretación e integración en instrumentos propios de la *lex mercatoria*, introducidos en el contrato por las partes) así como el ordenamiento cuyas normas imperativas constituirán un freno a la regulación de la relación por parte de dichos instrumentos. Pero en relación con las normas materiales de la *lex mercatoria* que cumplen la función conformadora

“Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives”, *Saggi, Conferenze e Seminari*, 49, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002, p. 1-14, disponible en <http://w3.uniroma1.it/dc/centro/publications/49lando.pdf>, última fecha de consulta, 7 de diciembre de 2005), de forma que mucho de lo que se sostenga en relación con unos podrá ser extendido a los otros. Son los aspectos que los diferencian, y principalmente, el distinto ámbito de aplicación de unos y otros los que invitan a optar por los Principios UNIDROIT. En efecto, los “Principios Lando” se habrían elaborado para que se les dé aplicación exclusivamente en el interior de la Unión Europea, esto es, por los tribunales comunitarios; pero se declaran aplicables para situaciones internas e internacionales por igual (*vid. Principles of European Contract Law (Parts I and II)*..., *op. cit.*, p. 95) y no se limitarían a regular contratos entre comerciantes, como los Principios UNIDROIT; aunque aún no contengan una regulación específica al efecto, podrán aplicarse a contratos de consumo: *cf. O. Lando, loc. cit.*, p. 9.

¹⁹ *Vid.* las ventajas de corte metodológico (simplicidad, accesibilidad lingüística), pero también psicológico (mayor aceptación en los contratos comerciales internacionales, por no ser la ley de ninguna de las partes) y económico (disminuye costes de información, y crea un campo de juego económicamente neutro, en el que se evitan situaciones como la *regulatory competition*, i.e., ventajas o inconvenientes en función del grado de conocimiento y/o proximidad al Derecho estatal aplicable o el *Delaware effect*, esto es, la elección de las normas más baratas y menos protectoras) que expone F. De Ly, “Uniform Commercial Law and International Self-Regulation”, *Dir. com. int.*, 1997, pp. 519-547, esp. pp. 526-528.

²⁰ Como es sabido, no todo son ventajas en los Convenios de Derecho uniforme: además de la dificultad que su redacción entraña (*vid.*, J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme...”, *loc. cit.*, pp. 5227-5229), la interpretación y aplicación nacional de sus normas por parte de las autoridades judiciales empañan seriamente su cometido unificador (*cf.* P. Chauveau, “Conventions portant loi uniforme”, *JDI*, 1956, pp. 570-595, esp. pp. 584-594). Por ello no es de extrañar que se vislumbren ciertos signos de agotamiento en esta técnica legislativa, especialmente para su empleo en determinadas materias (*vid.* de forma más extensa, H. Kronke, “Uniform commercial law conventions: advantages, disadvantages, criteria of choice”, *Uniform L. Rev.*, 2000, pp. 13-21). Los Estados muestran reticencias a su adopción, por cuanto presentan problemas en su negociación, elaboración y puesta en marcha; pero también porque los legisladores estatales tratan de defender sus particularismos, frente a un Derecho unificado que pueden encontrar extraño, en cierto modo impuesto. Por esta razón, se ha optado en ocasiones por la elaboración de instrumentos más flexibles, tales como las Leyes-modelo. Ahora bien: tampoco las Leyes modelo son en la actualidad consideradas el mejor instrumento de entre los posibles. Su éxito, como el de los convenios y leyes de Derecho material uniforme, depende de la actuación de los Estados y no de los sujetos involucrados en el comercio internacional; y mientras aquéllos dan muestra de un particularismo incompatible con estos métodos legislativos (J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*»..., *op. cit.*, pp. 189-191) éstos continúan procurando desarrollar sus normas al margen de la legislación estatal. Por ello, las instituciones privadas han procurado elaborar instrumentos que estén directamente a disposición de tales operadores; y que, en la etapa en la que nos encontramos, han adoptado la forma de Principios.

de la normativa rectora de la relación comercial internacional, las normas estatales delimitarán, además, el marco de actuación de la autonomía material que comporta la introducción de tales normas materiales uniformes de fuente privada en el contrato²¹. A este respecto, los Principios de Derecho contractual permiten reducir esta actuación de las normas estatales, que en numerosas ocasiones obstaculiza un tratamiento auténticamente internacional de las relaciones comerciales.

3. Para ahondar en este enfoque sobre la función (o, más bien, las funciones) y el alcance de la *lex mercatoria* (sus límites, reflejados en las funciones del Derecho conflictual y las normas estatales), incluyendo en ésta a los Principios de Derecho contractual, repararemos en la regulación de un aspecto concreto de la regulación de los intercambios internacionales de mercancías: la conformidad material de dichas mercancías. La elección de esta materia se debe fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, a que su regulación en el marco de la compraventa internacional ilustra a la perfección el asentamiento de un modelo material en el que la *lex mercatoria* cumple la referida función actualizadora, integradora e interpretativa, y en el que hay lugar a la intervención de las normas estatales, allí donde la *lex mercatoria* muestra sus limitaciones (integración e interpretación de sus normas) o donde tiene que ser coartada (para el respeto de las normas materiales imperativas estatales). Pero también se ha tomado como objeto de análisis, en segundo término, porque determinados problemas referidos a la conformidad de las mercancías permiten explicar la existencia y creciente importancia de otra relación jurídica funcionalmente vinculada a la compraventa internacional, cual es el contrato de inspección de mercancías. La regulación de este contrato constituye un excelente ejemplo de que la ausencia de normas materiales positivas de fuente internacional aplicables a la relación es remediada por los operadores del tráfico transnacional a través de la autorregulación por medio de normas materiales extraestatales, cuya relación con el Derecho estatal puede explicarse en idénticos términos, especialmente, como he indicado, si su aplicación se combina con la de los mentados Principios.

II. La *lex mercatoria* en presencia de Derecho material uniforme

1. Regulación material uniforme de la conformidad de las mercancías

A. Conformidad material de las mercancías objeto de compraventa internacional

4. En el marco de la compraventa internacional existe una regulación material uniforme, la contenida en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías²², que se encuentra extraordinariamente extendida²³. Como es conocido, en este instrumento convencional se encarna una importante función de la *lex mercatoria*, de la que importa al menos dejar constancia: la de ser modelo de textos normativos positivos²⁴. Y es que, al margen de que la toma en

²¹ Vid. J.C. Fernández Rozas, "*Lex mercatoria* y autonomía conflictual", *loc. cit.* p. 38.

²² BOE núm. 26, 30-I-91, corr. err., *ibid.*, núm. 282, 22-XI-1996. En lo sucesivo, CV de 1980.

²³ El hecho de que se encuentre en vigor en más de sesenta Estados hace que dos tercios de la población mundial cuente con las mismas normas materiales, como ponen de relieve R. Illescas Ortiz y P. Perales Viscasillas en *Derecho mercantil internacional. Derecho uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces/Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 79.

²⁴ Que a su vez pueden ser modelo de otros textos, de manera tal que, en ocasiones, esa *lex mercatoria* alcanza unos niveles de extensión considerables. Así, por ejemplo, la propia regulación de la conformidad de las mercancías contenida en la Convención de Viena, a la que se va a hacer referencia, se habría adoptado por el legislador comunitario para la regulación de los contratos de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 177, 7-VII-1999), como sintéticamente señalan *ibidem*, p. 112.

consideración de esta función permita proporcionar una visión más completa de las que viene desempeñando la *lex mercatoria*, la CV de 1980, en tanto ejemplo paradigmático de lo que se ha dado en denominar la “recepción estatal de la *lex mercatoria*”²⁵, esto es, precisamente por constituir una codificación de los usos, prácticas y costumbres que existían en el sector, sigue siendo empleada en ocasiones en calidad de tal *lex mercatoria*²⁶.

Pero interesa, en este estudio, atender a la función de la *lex mercatoria* en el marco de la aplicación de las normas materiales uniformes de la Convención como tal, comenzando por recordar que ésta puede tener lugar con total independencia de lo que dispongan las normas de conflicto del foro²⁷. Como se ha indicado, el estudio se centrará en el tratamiento de la conformidad material de las mercancías –que se vincula a su calidad, cantidad o cualquier otra cualidad, y, por tanto, es contrapuesta a la conformidad jurídica, referida a la inexistencia de derechos (de propiedad intelectual o industrial, o reales) sobre tales mercancías²⁸– porque constituye una buena prueba de las funciones que las normas que integran la *lex mercatoria* pueden desempeñar. Por ello, antes de entrar en el análisis de tales funciones conviene sintetizar los rasgos fundamentales de la regulación de tal conformidad material de las mercancías.

5. La Convención parte de establecer, en su artículo 35, una obligación del vendedor, la de entrega de las mercancías “conformes”, que se traducirá en su responsabilidad por la falta de conformidad²⁹.

²⁵ Vid. B. Goldman, “Lex mercatoria”, *Forum internationale*, vol. 3, 1983, pp. 3-24, esp. pp. 13 y 14.

²⁶ Por los tribunales arbitrales. Un ejemplo jurisprudencial de este empleo, en el ámbito de la aplicación de las normas reguladoras de la conformidad material de las mercancías, lo proporciona el Laudo de la Corte de Arbitraje de la CCI de París núm. 5713/1989 (*UNILEX*). En este asunto, el Tribunal dispone que, en defecto de cláusula de elección de ley aplicable, resulta de aplicación la CV de 1980 aunque ni el comprador ni el vendedor estén establecidos en Estados parte de dicha Convención, porque el art. 13 (3) de las Reglas de la CCI exige al tribunal tener en cuenta los usos del comercio relevantes, y la Convención “refleja los usos del comercio generalmente reconocidos en relación con la no conformidad de las mercancías en las compraventas internacionales”. En el mismo sentido, y también en relación con la conformidad de las mercancías, aunque en este caso las partes sí estaban establecidas en Estados contratantes, *vid.* el Laudo de la Corte de Arbitraje de la CCI de París, núm. 7331/1994 (*UNILEX*).

²⁷ Recuérdesse que la CV de 1980, al margen de ser aplicable en la medida en que la *lex contractus* se corresponda con la ley de un Estado contratante (art. 1.b), ha de ser aplicada cuando los contratantes tengan sus establecimientos en distintos Estados partes de dicha Convención (*vid.* art. 1.a), siempre que dichos contratantes no hayan excluido expresamente su aplicación (en virtud de lo que prevé el art. 6 de ese texto). En relación con la aplicación de la Convención, entre otros, *vid.* A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 1”, L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 45-59; E. Jayme, “Article 1”, en M.J. Bonell y C.M. Bianca, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 27-33; R. Herber, “Article 1”, en P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed. (de la traducción), 1998, pp. 19-29, esp. pp. 24-27; J.O. Honnold, *Uniform Law For International Sales*, 3ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, pp. 29-45; P. Kahn, “Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d’application”, *DPCI*, 1989, pp. 385-399. Sobre la posibilidad de excluir la aplicación de la Convención, *vid.* E. Castellanos Ruiz, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Comares, 1998, pp. 37 y ss.; F. Ferrari, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 185-217; A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 6”, L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 92-101; R. Herber, “Article 6”, P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, *op. cit.*, pp. 51-58; J.O. Honold, *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 77-87; J. Thieffry, “Les nouvelles règles de la vente internationale”, *DPCI*, 1989, pp. 369-384, esp. pp. 371-375.

²⁸ *Vid.* D. Ben Abderrahmane, “La conformité des marchandises dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *DPCI*, 1989, pp. 551-563, en p. 551. La regulación de la conformidad jurídica se halla en los artículos 41 y 42 de la CV de 1980.

²⁹ A salvo de lo dispuesto en el aptdo. 3 de ese art. 35, que excluye tal responsabilidad en caso de conocimiento de la falta de conformidad por parte del comprador: *vid.* al respecto M.C. Bianca, “Article 35”, M.J. Bonell y C.M. Bianca, *Commentary on the International Sales Law...*, *op. cit.*, pp. 268-283, esp.

La conformidad de las mercancías objeto de la compraventa se refiere a unos determinados aspectos que el propio artículo 35.1 de la CV de 1980 se encarga de explicitar, esto es, la calidad, la cantidad, el tipo y el envase o embalaje; y se hace corresponder, en primer término, con lo dispuesto respecto de esos extremos en el contrato³⁰. Para el caso de que las partes no establezcan de forma expresa alguno de los elementos y tampoco se pronuncien sobre cómo determinarlos con arreglo a parámetros más generales, el artículo 35.2 dispone una serie de “condiciones tácitas”, que comportan que las mercancías se consideren conformes (a) si lo son al uso para el que ordinariamente se destinen las de su tipo³¹; (b) si responden al uso especial que se pretende dar a las mercancías y del que se ha informado al vendedor, de forma expresa o tácita³²; (c) si tienen las cualidades de la muestra o modelo que se presentase al comprador por parte del vendedor; y (d) si están envasadas o embaladas en la forma habitual o, caso de que ésta no exista, en una forma adecuada para la conservación y protección de las concretas mercancías³³.

6. La falta de conformidad de las mercancías recibe un tratamiento común cualquiera que sea su causa (por vicios ocultos o por cualquier tipo de defecto o falta de calidad, por entrega en mayor o menor cantidad, etc.); no en vano, el principal objetivo –y valor– de la Convención es el de eludir los diferentes modelos existentes y las dificultades que en ocasiones conlleva la diferenciación de las distintas figuras³⁴. La falta de conformidad es un concepto uniforme que abarca todas las diferencias que presenten las mercancías entregadas por el vendedor respecto de lo expresamente pactado (art. 35.1 de la CV 1980) o esperado (art. 35.2 de la CV 1980), pero también los defectos en su envase o embalaje y la entrega de un *aliud*³⁵. La Convención dispone una única distinción: la que existe entre incumplimiento esencial e incumplimiento no esencial del contrato (art. 25); con carácter general, la resolución del contrato por el comprador (art. 49.1) y por el vendedor (art. 64.1) se posibilita en la medida en que el incumplimiento de la obligación de la otra parte sea esencial. Así,

p. 275; I. Schwenzer, “Article 35”, en P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., pp. 274-289, esp. pp. 284-286.

³⁰ En relación con el precepto, además de los estudios citados en las dos notas precedentes, vid., entre otros, A.M. Morales Moreno, “Artículo 35”, L. Díez-Picazo (Dir), *La compraventa internacional de mercaderías...*, op. cit., pp. 286-312; y J.O. Honold, *Uniform Law...*, op. cit., pp. 252-263.

³¹ Lo cierto es que el comprador no suele indicar el uso que pretende dar a las mercancías; por ello, la primera de las condiciones tácitas recoge la necesidad de que las mercancías sirvan al uso que normalmente se da a los bienes de su tipo: vid. “Guide to CISG Article 35 (Secretariat Commentary)”, p. 3, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-35.html> (última fecha de consulta: 28 de noviembre de 2005).

³² De forma tal que el vendedor no está obligado a entregar bienes que sirvan a un determinado uso, salvo que el comprador le haya comunicado dicho uso expresa o implícitamente en el momento en que se concluyó el contrato (*ibidem*, pp. 3 y 4).

³³ Con ello se evidencia que la especialización de las mercancías se amplía hasta la del propio envase o embalaje de los productos: éste no sólo es considerado condición esencial de la conformidad de las mercancías según lo pactado en el contrato (art. 35.1 de la CV de 1980), sino que también ha de responder, en defecto de acuerdo expreso, a tal forma adecuada para la conservación y protección de las mercancías. Y es que el embalaje de los productos puede convertirse en un elemento fundamental, en aras de dicha conservación de los productos, y de su comercialización. Por ello, los defectos en el envase pueden considerarse defectos del producto, particularmente cuando los bienes son comercializados en su “envase original” (*ad ex.*, latas de conserva).

³⁴ Fundamentalmente, las diferencias entre *warranties* y *conditions*, en los sistemas de *Common Law*, y entre los diversos remedios para la satisfacción del comprador, en los sistemas continentales: cf. C.M. Bianca, “Article 35”, *loc. cit.*, esp. p. 270.

³⁵ Aunque a este respecto existen claras discrepancias doctrinales, la mayor parte de la doctrina, y en contra de lo que puede deducirse del Comentario de la Secretaría, estima que no hay diferencia entre entrega de *peius* y entrega de *aliud*. En este sentido, vid., *v.gr.*, entre otros, I. Schwenzer, “Article 35”, *loc. cit.*, pp. 275 y 277; A.M. Morales Moreno, “Artículo 35”, *loc. cit.*, pp. 295-296; F. Ferrari, *La compraventa internacional...*, op. cit., pp. 226-227; y T. Poikela, “Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2003, 1, pp. 1-68, esp. p. 18.

una cuestión central es la de determinar si la falta de conformidad de las mercancías entregadas constituye un incumplimiento esencial o no del contrato, pues de tal determinación dependerán los remedios de que dispone el comprador (al respecto, *vid. infra*, § 16).

En efecto, el comprador tendrá a su alcance una serie de remedios, si tal conformidad falta, en la medida en que cumpla con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la CV de 1980, esto es, siempre que efectúe el examen de las mercancías y denuncie tempestivamente su falta de conformidad (*vid. a continuación*). Ello, claro está, teniendo en cuenta que el vendedor no podrá oponerle el incumplimiento de estos preceptos si conocía o no podía ignorar la falta de conformidad y, aún así, no lo reveló al comprador (art. 40)³⁶. Tales remedios, en concreto, consisten, si el incumplimiento es esencial, en la reclamación de la sustitución de las mercancías (art. 46.2) o la resolución del contrato (art. 49); y, si el incumplimiento no es esencial, en una reducción del precio de los bienes (art. 50) y una compensación por los daños (arts. 74 y 77)³⁷.

B. Problemática de la inspección *inter partes* de las mercancías

7. La posibilidad de que el comprador denuncie la falta de conformidad material de las mercancías en el marco de la Convención de Viena de 1980 pasa porque el comprador las examine previamente “en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias” (art. 38 de la CV de 1980)³⁸. La omisión por parte del comprador de tal carga³⁹ privará a éste de la posibilidad de ejercitar los derechos que le asisten ante la mencionada falta de conformidad (art. 39)⁴⁰. El problema que se presenta en las

³⁶ Acerca de este supuesto de consideración de la actitud del vendedor, próxima al dolo, que comporta, en definitiva, que el comprador podrá denunciar la falta de conformidad sin sujetarse al límite temporal del art. 39 de la CV de 1980, *vid. A.M. Morales Moreno, “Artículo 40”, L. Díez-Picazo (Dir.), La compraventa internacional de mercaderías..., op. cit., pp. 347-355.*

³⁷ *Vid. T. Poikela, loc. cit., p. 18.*

³⁸ *Vid. infra* la concreción de este plazo en función de la situación, en atención a lo dispuesto en los aptdos. 2 y 3 del art. 38.

³⁹ A pesar de disponer, en concreto, que el examen de las mercancías “debe” ser efectuado “en el plazo más breve posible, atendidas las circunstancias”, la inspección a la que se refiere el art. 38.1 de la CV de 1980 ha de entenderse prevista como carga, y no sólo como derecho, ni como deber [no obstante, en este sentido, *vid. A.M. Morales Moreno, “Artículo 38”, L. Díez-Picazo (Dir.), La compraventa internacional de mercaderías..., op. cit., pp. 326-339, esp. p. 326*]. Así es, porque si tal examen no tiene lugar, ello no entraña un incumplimiento del contrato por parte del comprador, sino que únicamente conlleva que se vea privado de la posibilidad de ejercitar los derechos que le asisten en caso de falta de conformidad: *cf. C.M. Bianca, “Article 38”, M.J. Bonell y C.M. Bianca, Commentary on the International Sales Law..., op. cit., pp. 295-302, esp. p. 297. En un sentido análogo, I. Schwenzer, “Article 38”, P. Schlechtriem (Ed.), Commentary on the UN Convention..., op. cit., pp. 300-309, esp. p. 302; y F. Ferrari, La compraventa internacional..., op. cit., pp. 229-231. Como L. Graffi pone de relieve, la falta de inspección no comportará necesariamente la alteración del derecho de conformidad: para el comprador es suficiente con realizar la denuncia a tiempo: *cf. “Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping”, Dir. com. int., 2003, pp. 807-828, esp. 825. La diferencia entre el establecimiento del examen como deber o como derecho es obvia: el hecho de adoptar la primera forma entraña que el incumplimiento tenga sanción. Niega, igualmente, que pueda considerarse deber de examen lo que no implica consecuencias en caso de ser inobservado, M. Amaudruz, La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue. Dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, Berna, Ed. Herbert Lang & Cie., 1968, p. 100.**

Al margen de la CV de 1980, la cuestión también es discutida, como pone de relieve J. Vilus, en *Preliminary Report on Quality Control in the International Sale of Goods*, Study LX, Doc. 1, UNIDROIT, Roma, 1977, p. 17. La autora también apunta, como criterio para diferenciar la obligación legal de la mera carga, que no debería afirmarse que haya auténtica obligación cuando no haya sanción por el propio hecho de la falta de inspección (*ibidem*, p. 19). Sin embargo, en el ámbito de la CV de 1980 estima claro el carácter obligatorio: *id., Quality and Quantity Control on Goods –Inspections Contracts in the International Sale of Goods–*, Study LX, Doc. 3, UNIDROIT, Roma, 1993, p. 4.

⁴⁰ En efecto, si el comprador no notifica la falta de conformidad al vendedor en un plazo razonable, desde el momento en el que la haya descubierto o debiera haberlo hecho, perderá los

compraventas internacionales a distancia (en la mayoría, por tanto, de las compraventas de carácter internacional) radica en que el momento y lugar más apropiados para efectuar dicho examen ni coinciden en lo que respecta a las preferencias de los contratantes, ni siempre pueden ser atendidos. Así, el vendedor querrá que se realice en el lugar de origen de las mercancías, cuando las entrega al transportista, puesto que, de no ser éstas aceptadas, siempre podrá tratar de solucionar el problema con mayor premura, sustituyendo tales mercancías para que resulten conformes a la compraventa y colocando las que no resultan conformes al contrato de compraventa en concreto de nuevo en el mercado. El comprador, sin embargo, querrá inspeccionar en el lugar de destino, cuando las reciba de manos del transportista –salvo que las mercancías vayan a ser reexportadas, en cuyo caso le convendrá más la inspección en origen– por una cuestión de mera comodidad y economía. Entre ambas opciones, en la mayor parte de las circunstancias resultará más adecuada la preferida por el vendedor, porque tiene en cuenta que el momento en el que las mercancías han de ser conformes se hace coincidir con aquél en el que se transmite el riesgo al comprador⁴¹.

En efecto, el momento de transmisión del riesgo, que depende de la modalidad de transporte y entrega de las mercancías establecidas en el contrato⁴², es el momento en el que las mercancías tienen que ser conformes, como regla general⁴³ y con independencia de que la falta de conformidad pueda mostrarse con posterioridad al momento en que se transfieren los riesgos⁴⁴. De esta manera, cuando las mercancías

derechos que le concede la CV de 1980 [vid. C.M. Bianca, "Article 38", *loc. cit.*, p. 308. En relación con el propio art. 39, vid. K. Sono, "Article 39", *Commentary on International Sales Law...*, *op. cit.*, pp. 303-313; A.M. Morales Moreno, "Artículo 39", L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 335-347; I. Schwenger, "Article 39", P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention...*, *op. cit.*, pp. 310-320; L. Graffi, "Spunti in tema di vendita internazionale...", *loc. cit.*, p. 823]. Para una interpretación de "plazo razonable" atendiendo a la naturaleza de las mercancías, a los remedios que se quieran adoptar frente a la falta de conformidad y a la voluntad de las partes, vid. F. Ferrari, *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 221-222. Sobre la posible incidencia de los usos para determinar la "razonabilidad" del plazo, vid. *infra*, §12 y nota 75.

Adviértase que el art. 44 (junto con el art. 40) prevé una excepción a esta norma: el comprador no perderá el derecho de solicitar la reducción del precio y la indemnización por daños –aunque sí por el lucro cesante– si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación en tiempo. Al respecto, extensamente, J.M. Miquel González, "Artículo 44", L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 398-405.

⁴¹ Vid. J. Vilus, *Preliminary Report...*, *op. cit.*, p. 18; *id.*, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 5.

⁴² Esto es (en su caso), de lo dispuesto en los arts. 67 a 69 de la Convención de Viena de 1980. Vid. art. 36.1 de la Convención de Viena de 1980, y, al respecto, A.M. Morales Moreno, "Artículo 36", L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 312-318, esp. p. 314; C.M. Bianca, "Article 36", *loc. cit.*, pp. 284-289; I. Schwenger, "Article 36", P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention...*, *op. cit.*, pp. 290-294; y P.O. Honnold, *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 264-266. El lugar y momento de transferencia de los riesgos, no obstante, son habitualmente regulados a través de un INCOTERM (vid. *infra*, nota 45).

⁴³ Que tiene su excepción: el art. 36.2 de la CV de 1980 retrasa el momento relevante a efectos de la determinación de la falta de conformidad cuando ésta deriva del incumplimiento de las obligaciones del vendedor (distintas a la de conformidad, esto es, obligaciones tales como la selección adecuada del transportista –si se dispuso que sería obligación del vendedor– o la redacción adecuada de las instrucciones de uso), o de la garantía de conservación que realizó para un periodo determinado de tiempo: vid. A.M. Morales Moreno, "Artículo 36", *loc. cit.*, p. 315; I. Schwenger, "Article 36", *loc. cit.*, pp. 291-292.

⁴⁴ Vid. una interpretación particular de esta norma en el Asunto *Kunsthaus Math. Lempertz OHG v. Wilhelmina van der Geld*, resuelto por el *Arrondissementsrechtbank* de Arhem el 17 de julio de 1997. La Sra. Van der Geld ordenó (bajo la forma de contrato de venta) a la demandante –la compradora– la venta por subasta de un lienzo atribuido a Henry van der Velde. A su vez, lo compró una casa de subastas alemana, que posteriormente lo ofreció para subasta a otra "internacionalmente reputada" casa de subastas. El experto de ésta llegó a la conclusión de que el lienzo no podía ser atribuido a Van der Velde, por lo que la segunda casa de subastas demandó a la primera. La compradora solicitó de los tribunales holandeses la resolución del contrato y la devolución del precio pagado. El *Arrondissementsrechtbank* desestima la demanda con base en la prescripción de la acción, pero afirma que el resultado hubiese sido en todo caso favorable al vendedor, en aplicación del art. 35 de la CV de 1980. Concede, a este respecto, que la conformidad ha de evaluarse en el momento de la entrega del bien (transmisión del

son objeto de transporte, es aconsejable que su examen sea efectuado en el momento (y lugar) de su entrega al transportista por parte del vendedor, pues tal es, como regla de principio, el momento en que se produce la transmisión del riesgo⁴⁵. La coincidencia entre el momento y el lugar en que se produce el examen de las mercancías y el momento y el lugar en que cambia la atribución del riesgo contribuirá a que sean menos los litigios que se generen entre comprador y vendedor⁴⁶. Pero no es frecuente que el comprador pueda encontrarse en el lugar y momento en que se entregan los bienes⁴⁷, sin que ello le comporte excesivas cargas, que comprometan la eficiencia del contrato. En la práctica, el comprador suele efectuar el examen de las mercancías cuando éstas ya se encuentran en su propio establecimiento, o al menos, en su poder.

El examen en destino⁴⁸ es autorizado a efectos de posibilitar la denuncia de la falta de conformidad de las mercancías⁴⁹. A dichos efectos es posible realizar el examen una vez que se han transmitidos los riesgos; pero ello en nada altera el momento en que el efectivamente se ha producido tal transmisión, y por tanto tampoco el momento en el que tenían que ser conformes las mercancías⁵⁰. En consecuencia, el comprador

riesgo); pero estima que en ese momento no había ningún motivo para pensar que la pintura ya no podía atribuirse a Van der Velde y que en consecuencia el vendedor habría realizado una entrega conforme. Por tanto, prima el hecho de que en ese momento la no conformidad fuera desconocida por ambas partes, sin tener en cuenta que ello no altera la falta objetiva de conformidad, puesto que el comprador no adquirió cualquier pintura, sino una atribuida a Van der Velde.

⁴⁵ Vid. art. 67 de la CV de 1980 y, al respecto, J. Caffarena Laporta, "Artículo 67", L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, op. cit., pp. 524-236. Esta concreción del momento puede, por supuesto, ser modificada por las partes, señaladamente a través de la inclusión de determinados INCOTERMS en el contrato. *Ad ex.*, la cláusula "franco domicilio" implica la transmisión del riesgo en el momento de la entrega de las mercancías al comprador en su establecimiento. Obviamente, en la medida en que la solución de la CV de 1980 coincida lo establecido en el INCOTERM acordado (como es el caso en las cláusulas FAS, FOB, CFR y CIF), la solución respecto de dicho momento no se alterará. Los criterios acogidos por los diversos ordenamientos estatales al respecto son oscuros y poco apropiados para los supuestos internacionales, según demuestra F. Oliva Blázquez, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 19-34.

⁴⁶ Cf. P. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1962, p. 123; J. Vilus, *Preliminary Report...*, op. cit., pp. 19-20.

⁴⁷ Advierte de la problemática J. Vilus, *Quality and Quantity...*, op. cit., p. 5; Vid. también E. Guardiola Sacarrera, *La compraventa internacional*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2001, pp. 79-80.

⁴⁸ Que es el más habitual cuando la mercancía es una materia prima o maquinaria que requiere instalación, según indica P. Kahn, op. cit., pp. 123-124.

⁴⁹ En efecto, para evitar que el comprador vea mermadas sus posibilidades de denunciar la falta de conformidad de las mercancías, el legislador establece en el aptdo. 2º del art. 38 de la CV de 1980, para los casos en que la compraventa implica transporte, que la inspección podrá ser efectuada a partir del momento en que las mercancías lleguen a su destino, y el plazo para la inspección "más breve posible atendiendo a las circunstancias", comenzará a tenerse en cuenta a partir de tal llegada. Y, por su parte, el aptdo. 3º retrasa aún más el comienzo del cómputo del plazo: el examen podrá ser aplazado hasta que las mercancías lleguen a su nuevo destino, siempre que el vendedor tuviese o debiere haber tenido conocimiento de la reexpedición o del cambio de destino. Vid. al respecto el Informe elaborado por E.E. Bergsten y aprobado por el CISG-Advisory Council, *CISG-AC Opinión no. 2. Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity –Articles 38 and 39*. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html> (última fecha de consulta: 30 de noviembre de 2005).

⁵⁰ De ahí que la posibilidad de inspeccionar las mercancías con posterioridad al momento de la transmisión del riesgo en ningún caso pueda conducir a que se prive al comprador del derecho a inspeccionar en cualquier otro momento, y señaladamente en aquél en el que se transfiere el riesgo. Antes bien, tal inspección ha de facilitarse por el vendedor, máxime cuando exista un uso en el comercio al respecto, como pone de relieve la *Court of Appeal de Helsinki*, en su Sent. de 29 de enero de 1998 (*UNILEX*). En este supuesto, el objeto de la compraventa FOB Tallin (Finlandia) eran platos de aluminio. La compradora, una sociedad de Arabia Saudí, denuncia la falta de conformidad de las mercancías, y solicita reducción del precio. La vendedora, finlandesa, alega que la venta es FOB y que las mercancías se acompañaron de un certificado de calidad. El Tribunal finlandés recuerda que el momento en el que las mercancías tienen que ser conformes es el momento en el que se transfiere el riesgo, pero que la inspección puede retrasarse hasta que las mercancías lleguen a su destino cuando tienen que ser transportadas. E indica, a continuación, que tendría que haber sido posibilitada la inspección de las mercancías por el comprador en el momento en que se certificaron, habida cuenta de la existencia de un uso del comercio en este sentido.

tendrá que asumir los daños que puedan sufrir las mercancías desde que se entregaron al transportista, si no puede probar que no guardan relación alguna con el transporte o la manipulación de las mercancías con posterioridad a la transmisión del riesgo. Salvo que realice el examen de las mercancías en el momento en que se produce su entrega, el comprador podrá tener problemas para probar que fueron entregadas en una cantidad inferior a lo estipulado, o en mal estado⁵¹.

8. A este problema jurídico ha de añadirse otro de carácter más bien técnico, cual es que la especialización creciente del comercio internacional comporta que las mercancías hayan de responder, cada vez en mayor grado, a unas características muy concretas. La conformidad de las mercancías, como se ha indicado, se refiere a su cantidad, pero también a su calidad y a cualquier otra cualidad, como el estado de conservación, la densidad, la composición o la resistencia. Por ejemplo, en este sentido, como enseguida se verá, no es extraño que las partes en el contrato señalen, como parámetro de la conformidad de las mercancías, que éstas se acomoden a un concreto estándar industrial, comercial o sanitario-farmacéutico. De este modo, para que el examen de las mercancías entregadas por el vendedor permita determinar si éstas son conformes, puede comportar operaciones complejas (calibrado, pesado, comprobación de la dureza o del estado de una mercancía) e incluso análisis químicos que exigen instrumental específico y un alto grado de especialización en quien los realiza. Ya no es sólo que los desplazamientos físicos por parte del comprador (o de personal de la sociedad compradora) al lugar donde tenga lugar la transmisión de los riesgos puedan resultar excesivamente onerosos; es que, además, pueden no ser operativos si no comportan la realización de controles para los que dicho comprador podría no disponer de medios materiales o humanos.

9. Para tratar de paliar los referidos inconvenientes, relativos al examen por parte del comprador, algunas condiciones generales integradas en contratos de compraventa establecen la obligación del vendedor de certificar la conformidad de las mercancías, previo examen de las mismas antes de realizar su entrega⁵². No en vano, el vendedor sí es especialista en los bienes con los que comercia. Pero desde el punto de vista de los intereses del comprador, esta medida no puede sino tacharse de ilógica⁵³: en realidad, en nada cambia el hecho de añadir expresamente una obligación de certificación de la calidad en el clausulado del contrato, desde el momento en que la obligación de asegurar la calidad del producto ya le viene impuesta al vendedor por el propio contrato de compraventa⁵⁴. Resulta indiferente, en este sentido, cuál sea la naturaleza de los bienes objeto de la certificación del vendedor, es decir, de la

⁵¹ Así ocurre, por ejemplo, en el litigio que resuelve la *Cour de Cassation (Chambre Commerciale)* francesa por Sent. de 24 de septiembre de 2003 (*UNILEX*). El supuesto se refiere a la compra de 128 paneles de cristal decorados por parte de un saudí a una sociedad francesa. El comprador solicita la rescisión del contrato, la restitución del precio pagado y una indemnización por daños y perjuicios alegando la inconformidad de los bienes (dañados) con el contrato. Todos los tribunales inferiores, y por último el Tribunal de casación francés, entienden que el comprador no prueba que esos bienes sean defectuosos como consecuencia de su manufactura o embalaje; los daños han podido producirse en el curso del transporte marítimo, cuando ya le habían sido transferido los riesgos.

⁵² Al respecto, J. Vilus, en *Preliminary Report...*, *op. cit.*, p. 18, menciona las Condiciones Generales de la CMEA –Organización de los Estados Miembros del Consejo para la Asistencia Económica Mutua de 1968– (arts. 26) y las Condiciones Generales para la importación/exportación de fuel sólido de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa CEE/ONU (art. 3.2), que son reproducidas en el Anexo al informe. *Vid.*, en el mismo sentido, *id.*, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 8. Obviamente, esta obligación también puede pactarse al margen de lo que dispongan las condiciones generales, o en defecto de éstas.

⁵³ Cf. P. Kahn, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁴ Lo cual se evidencia con el hecho de que los contratos que contienen esa obligación de certificación de la conformidad de las mercancías por el propio vendedor suelen añadir, en las condiciones generales, que dicha certificación no equivale a la aceptación de las mercancías, de manera que no obstaculiza en modo alguno una eventual reclamación por parte del comprador: cf. *ibidem*, p. 126.

compraventa⁵⁵. La certificación del vendedor respecto del estado de los bienes puede preconstituir una prueba de su conformidad⁵⁶, y con ello servir a la evitación de litigios; pero tal certificación no puede equivaler a la conformidad de las mercancías, ni privará al comprador de constituir prueba en contra. Esa certificación, en definitiva, tiene poca relevancia en orden a dotar de seguridad a las transacciones comerciales.

En este contexto, como se verá, surge la inspección por tercero, que se vehiculará jurídicamente a través del contrato de inspección de mercancías. A través de este contrato sí se logrará reducir considerablemente los riesgos vinculados a la conformidad de las mercancías objeto de la compraventa internacional (*vid. infra*, epígrafe III).

2. Funciones de la *lex mercatoria* en presencia de Derecho material uniforme

A. Actualización, integración e interpretación de las normas materiales uniformes a través de la autonomía de la voluntad

10. La vía principal para la intervención de instrumentos propios de la *lex mercatoria* en el contrato de compraventa internacional se encuentra dispuesta, con carácter general, en los artículos 8.1 y 9 de dicha Convención⁵⁷. Sintéticamente, el artículo 8.1 de la CV de 1980, reforzando el principio de libertad de pactos ya previsto en el artículo 6 del mismo instrumento, dispone el modo en que han de interpretarse las declaraciones de las partes⁵⁸ y concede a la autonomía de la voluntad prioridad sobre las normas de la propia Convención⁵⁹. Por su parte, el artículo 9 de la CV de 1980, en concordancia con el carácter dispositivo de la propia Convención y reconociendo la precisa relevancia a la autonomía de la voluntad de las partes (*vid.*, de nuevo, el art. 6), permite que éstas se vinculen a cualesquiera prácticas y usos del comercio y sanciona la obligatoriedad de los usos “objetivamente aplicables”, esto es, los usos que se entienden que las partes incluyen tácticamente en el contrato, porque son o deben ser conocidos por ellas y, en el comercio internacional, son ampliamente notorios y regularmente observados en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate⁶⁰. Ambas disposiciones facilitan, en ejercicio de la referida autonomía

⁵⁵ No obstante, no cuestiona el empleo de esta práctica para las operaciones que se realizan en el ámbito de la tecnología D. Ben Abderrahmane, *loc. cit.*, p. 556; y, haciendo referencia a éste, tampoco T. Vázquez Lepinette, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁶ Así, por ejemplo, el *Uniform Commercial Code* (UCC) de los EE.UU., en su Sección 2-515 (a), establece esta posibilidad. En concreto dispone que cualquier parte (por consiguiente, tanto vendedor como comprador) “*in furtherance of the adjustment of any claim or dispute (...) on reasonable notification to the other and for the purpose of ascertaining the facts and preserving evidence has the right to inspect, test and sample the goods including such of them as may be in the possession or control of the other*”. En este mismo contexto, *vid.* J. Vilus, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, pp. 7 y 13; y, siguiendo a ésta, C.A. Giner Parreño, *El contrato de inspección de mercancías en el comercio internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 133. El apartado (b) de esa Sección 2-515 es de las pocas disposiciones normativas que pueden hallarse en ordenamientos extranjeros que hagan referencia al contrato de inspección de mercancías. El UCC, publicado por el *American Law Institute* (última versión, de 1994) puede ser consultado en *Lamy. Contrats internationaux*, vol. 3, división 4, anexo 020-8 (sección 2-515 en p. 45).

⁵⁷ *Cf.* W. Junge, “Article 9”, P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, *op. cit.*, pp. 75-80, esp. p. 78. *Vid.* una referencia a esta función supletoria de las prácticas y los usos del comercio en el marco del artículo 35, en relación con el artículo 9, en “Guide to CISG Article 35”, *loc. cit.*, p. 3.

⁵⁸ *Vid.* al respecto Á. López López, “Artículo 8”, L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 113-131; W. Junge, “Article 8”, P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, *op. cit.*, pp. 69-74; R. Illescas Ortiz y P. Perales Viscasillas, *op. cit.*, pp. 121-125.

⁵⁹ *Vid.* W. Junge, “Article 8”, *loc. cit.*, p. 69.

⁶⁰ *Vid.* A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 9”, L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 132-144.

de la voluntad de las partes⁶¹, la integración en el contrato de instrumentos de muy diversa orden pertenecientes a la *lex mercatoria* (v. gr., condiciones generales, INCOTERMS, Principios de Derecho contractual, contratos-tipo o simplemente usos y costumbres de la práctica en el sector).

11. Respecto de la conformidad de las mercancías en concreto, el propio artículo 35.1 de la CV de 1980 refuerza el valor de la autonomía de la voluntad, al convertir al contrato en la primera fuente para la determinación de las características que han de cumplir o las cualidades que han de tener las mercancías que se entreguen por el vendedor para ser consideradas conformes.

Así, en los contratos propios de algunos sectores de la compraventa de mercancías, como es el caso de los bienes fungibles normalizados, resulta frecuente que se integren contratos modelo o condiciones generales⁶², establecidos bien para un sector en particular por organizaciones internacionales (tales como la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas –CEE/ONU– o el Consejo Económico de Ayuda Mutua –CEAM–) o por asociaciones profesionales (como la *Grain and Feed Trade Association –GAFTA–*, o la *Federation of Oils Seed and Fats Association –FOSFA–*, entre otras muchas)⁶³, bien dispuestos para un determinado tipo contractual (*ad ex.*, los Contratos Modelo de la CCI)⁶⁴. En cualquier caso, lo que pueden procurar los contratos modelo o las condiciones generales estandarizadas, en el aspecto que nos incumbe, es disponer de forma más detallada la calidad, cantidad o cualquier otra cualidad que deben presentar las mercancías; por ejemplo, es habitual que dispongan márgenes de posible carencia en la cantidad de las mercancías, por debajo de los cuales no cabe entender que hay falta de conformidad⁶⁵. Estas condiciones, además, en ocasiones cuentan con cláusulas que introducen estándares del tipo “calidad media habitualmente ofertada en el país del vendedor para el tipo considerado de producto que responda a la finalidad establecida en el contrato”, que auxilian en la determinación de las condiciones de las mercancías, en caso de que no estén dispuestas de otro modo en el contrato⁶⁶.

Otros estándares diferentes que suelen integrar las partes en el contrato de compraventa en relación con la conformidad material de las mercancías son los de productos y servicios⁶⁷, los cuales en ocasiones son de obligada observancia por las partes (*vid. infra*, § 33), pero también pueden –y suelen– ser introducidos de forma voluntaria por los contratantes para precisar de un modo rápido y exacto la calidad de las mercancías, especialmente en determinados sectores, como el petrolífero, el del acero o el relativo a las aplicaciones eléctricas⁶⁸. En este mismo marco, además, los

⁶¹ Que puede ser expresa o tácita en el caso de los usos a que se hace referencia en el art. 9.1 y es tácita en el caso del 9.2: *vid.* B. Campuzano Díaz, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2000, pp. 200-206.

⁶² Que no constituirán un desplazamiento de la aplicación de la CV de 1980, *ex art.* 6, en tanto los contratantes, con su inclusión, únicamente pretendan disciplinar aspectos específicos de la relación de forma diferente, o más precisa, a cómo lo hace la propia CV de 1980: *cf.* F. Ferrarí, *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

⁶³ *Cf.* A. Meinertzhagen-Limpens, “Typologie des conditions générales dans la vente internationale d’objets mobiliers corporels”, *Les ventes internationales de marchandises (Problèmes juridiques d’actualité). Colloque de la Fondation Internationale pour l’enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d’Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980)*, París, Economica, 1981, pp. 79-98, esp. pp. 83-84.

⁶⁴ *Vid.* al respecto H. Van Houtte, “ICC Model Contracts”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2003, pp. 253-269; J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*»..., *op. cit.*, pp. 142-148.

⁶⁵ *Vid.* I. Schwenzler, “Article 35”, *loc. cit.*, p. 277.

⁶⁶ *Vid.* A. Meinertzhagen-Limpens, *loc. cit.*, p. 84.

⁶⁷ O estándares industriales, como los denomina T. Poikela, *loc. cit.*, p. 19.

⁶⁸ *Vid.* G. Gregory Letterman, *UNIDROIT’s Rules in Practice. Standard International Contracts and Applicable Rules*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2001, p. 315. Aunque, como es obvio, no es exclusivo de estos sectores: *vid.*, por ejemplo, un supuesto de remisión a estándares farmacéutico-sanitarios en la Sent. del Tribunal Supremo del Oeste de Australia (*Supreme Court of*

usos del comercio son empleados como refuerzo de la autonomía de la voluntad expresada a través de la adopción de las normas o los estándares; así, por ejemplo, considerando un “buen uso del comercio” –y aplicando como tal– el que comporta que la conformidad haya de corresponderse a un estándar, en la medida en que las partes hayan hecho referencia a dicho estándar⁶⁹.

12. No obstante, no es obligado que se realice una incorporación expresa en el contrato para que determinados usos o prácticas se entiendan también parte de tal contrato, en atención a la voluntad (tácita) de las partes. El juego de los mencionados preceptos (arts. 8.1 y 9 de la CV de 1980) comporta, en primer lugar, que resulte forzoso atender a las prácticas que hayan establecido los contratantes entre sí, en la lógica de que éstos pueden haber generado una expectativa razonable de conducta⁷⁰. Y esta expectativa ha de atenderse tanto cuando se trata de completar o interpretar el alcance de las normas materiales (así, por ejemplo, si se ha generado entre los contratantes una práctica referida a la cantidad o calidad exigida en las mercancías, o una práctica según la cual el vendedor ha de suministrar bienes o piezas de repuesto), como en las ocasiones en que la práctica modifica lo dispuesto en dichas normas (como ocurre cuando consiste en la tolerancia de determinados defectos cuantitativos o cualitativos, o en la ampliación del plazo de denuncia de la falta de conformidad)⁷¹.

En segundo término, esa misma posibilidad de que determinados instrumentos propios de la *lex mercatoria* suplementen a las normas materiales puede venir dada por la incorporación de los usos que cumplen las condiciones previstas en el artículo 9.2 de la CV de 1980, como ocurre cuando se emplean en la interpretación e integración de la conformidad de las mercancías conforme a lo dispuesto en el contrato (completando, por tanto, al art. 35.1 de la CV de 1980)⁷², o en relación con las

Western Australia) de 17 de enero de 2003. El Tribunal consideró no conforme la mercancía entregada – solución para lentes de contacto –, porque no se ajustó, de conformidad con lo dispuesto por las partes de forma expresa en el contrato, a los estándares de la *Australian Therapeutic Goods Administration*: vid. *UNILEX*.

⁶⁹ Vid., en este sentido, la mencionada Sentencia de la *Court of Appeal* de Helsinki de 29 de enero de 1998 (*cit.*), en referencia a estándares estadounidenses y nipones de fabricación de acero que impuso el comprador.

⁷⁰ Vid. A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 9”, *loc. cit.*, p. 138; B. Campuzano Díaz, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

⁷¹ Vid. B. Campuzano Díaz, *op. cit.*, pp. 200 y 201, y las referencias jurisprudenciales allí contenidas.

⁷² Vid., en este sentido, la Sentencia del *Oberlandesgericht (OLG)* de Graz de 9 de noviembre de 1995 (*UNILEX*): el comprador solicita una reducción del precio de las mercancías, sobre la base del art. 50 de la CV de 1980, al no ser plenamente conformes con lo acordado. Dichas mercancías, losas de mármol encargadas sobre la base de un catálogo, tenían que ser, según se estableció de forma expresa en el contrato, de la calidad “*Giallo Veneziano*”, pero las entregadas, en lugar de ser amarillas, eran rosáceas y, por consiguiente, a decir del comprador, de una calidad inferior. El *OLG* descarta la aplicación de la condición tácita dispuesta en el artículo 35.2.c) –adquisición sobre muestra–, al considerar que el catálogo no puede representar adecuadamente el color de la mercancía, pero indica al tribunal de instancia, que es el que debe determinar la medida en que el precio ha de ser rebajado, que ha de tomar en consideración los usos a que se refiere el art. 9.2 de la CV de 1980, en referencia a los usos italianos relativos al comercio del mármol, para determinar en qué medida las losas son, efectivamente, de calidad “*Giallo Veneziano*”, según lo previsto en el contrato (art. 35.1 de la CV de 1980). Obsérvese que, en relación con la consideración del uso italiano –uso, por consiguiente, local– como uso “objetivamente aplicable” (art. 9.2 de la CV de 1980), el *OLG* de Graz dispone que ha de tenerse por tal, aunque en el contrato haya una parte extranjera (el comprador, austriaco), en la medida en que esta parte comercia regularmente en Italia. Críticos con esta conclusión, M. Karollus, “Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994”, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, pp. 51-94 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html>; última fecha de consulta, 1 de diciembre de 2005), y, siguiendo a éste, T. Vázquez Lepinette, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 103. En relación con la posible inclusión de usos locales como usos objetivamente aplicables, vid. J. Oviedo Albán, “La costumbre en la compraventa internacional de mercaderías (Comentario a los artículos 8.3 y 9 de la Convención de Viena de 1980)”, *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, 2003, pp. 17-41,

condiciones tácitas de conformidad dispuestas en el artículo 35.2 de la CV de 1980. Así, en relación con éstas, aunque no hayan sido expresamente incorporados al contrato, pueden intervenir en la designación de las características que ha de tener un bien para que se entienda que es apto para uso al que ordinariamente se destinan las mercancías del mismo tipo, conforme al artículo 35.2 a) de la CV de 1980⁷³; o para precisar cuál es la “forma habitual” en que han de estar envasadas o embaladas las mercancías a efectos de la aplicación de la condición dispuesta en el artículo 35.2 d) de dicho instrumento⁷⁴.

Además, los usos también complementan las disposiciones reguladoras del tratamiento de la denuncia de la falta conformidad, como la que dispone que dicha denuncia ha de efectuarse, por parte del comprador, en un plazo “razonable” (art. 39)⁷⁵. Finalmente, importa señalar que, al igual que las prácticas adoptadas entre las partes, o los usos expresamente integrados en el contrato, los usos “objetivamente aplicables” a que se refiere el artículo 9.2 de la CV de 1980 también pueden aplicarse *contra legem*⁷⁶, por ejemplo, disponiendo reglas particulares sobre el modo de efectuar el examen de las mercancías, diferentes a las dispuestas en las disposiciones de la Convención⁷⁷.

13. En los casos analizados, es claro que la *lex mercatoria* contribuye a remediar el carácter necesariamente general y abstracto de las normas uniformes convencionales e imprime una mayor agilidad a la contratación, al permitir que las partes prescindan de elaborar, en todo caso, un acuerdo expreso y detallado en torno

disponible en <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban4.html>: última fecha de consulta, 7 de diciembre de 2005.

Otro ejemplo jurisprudencial es el que aporta la Sentencia del Tribunal Marítimo Comercial de Copenhague (*So-og Handelsretten*) de 31 de febrero de 2002, en la que se estima que la conformidad de las mercancías (pescado) a lo dispuesto en el contrato ha de evaluarse en atención a un uso existente en el comercio internacional del sector, conforme al cual la especificación de la especie objeto del contrato se realiza empleando el nombre en latín. En el asunto en concreto, el comprador había especificado, en su orden de compra, entre otros extremos, el nombre de la especie en dicho idioma, pero el vendedor, en la confirmación de tal orden, omitió, de entre esos extremos, precisamente el nombre latino. La especie de pescado que entregó se correspondía con la solicitada por el comprador y, por consiguiente, se entendió que la mercancía era conforme. *Vid.* una traducción inglesa de esta resolución, junto con un breve comentario de J. Lookofsky, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020131d1.html>, consultado por última vez el 28 de noviembre de 2005.

⁷³ Cf. I. Schwenzler, “Article 35”, *loc. cit.*, p. 278. Un ejemplo jurisprudencial de esta aplicación de los usos es el que proporciona la sentencia del OLG de Austria, de 27 de febrero de 2003 (*UNILEX*). En el asunto, el comprador alega la falta de conformidad de la mercancía (pescado congelado) con base en un uso internacional del comercio de pescado, según el cual el pescado congelado ha de ser de la temporada de pesca actual (del año); el pescado entregado correspondía a la temporada anterior.

⁷⁴ O, también, a efectos de completar lo dispuesto en el artículo 35.2.d), para concluir que es el comprador el que ha de proporcionar los receptáculos precisos para efectuar el transporte de las mercancías: *ibidem*, pp. 283 y 294. *Vid.*, también, A.M. Morales Moreno, “Artículo 35”, *loc. cit.*, p. 305.

⁷⁵ *Vid. supra*, nota 40. En este sentido, por ejemplo, se estima aplicable un uso alemán en el comercio de madera, según el cual el comprador ha de precisar la causa concreta de la falta de conformidad en un plazo de 14 días, en la Sentencia del OGH de Austria de 21 de marzo de 2000 (*UNILEX*).

⁷⁶ Obsérvese que la Sentencia del OGH de Austria de 21 de marzo de 2000 antes citada, hizo referencia expresa a la posibilidad de que el uso alemán referido al plazo de denuncia tempestiva de la falta de conformidad fuese aplicado incluso en contra de lo dispuesto en el art. 39, en aplicación del art. 9.2, en la medida en que puede considerarse uso ampliamente conocido y regularmente observado, puesto que es conocido por la mayor parte de los operadores del sector comercial concernido, sin que sea necesario que se trate de un uso internacional. El tribunal no admitió la oposición del comprador a su aplicación, al estimar que en operaciones comerciales precedentes el vendedor había hecho referencia a dicho uso, de forma que el aquél debía haberlo conocido.

⁷⁷ Como muestra la Sentencia de la *Court of Appeal* de Helsinki de 29 de enero de 1998 (*cit.*), en la que se consideró aplicable un uso del comercio, *ex art.* 9, según el cual el comprador debe dar la oportunidad al vendedor de estar presente en dicho examen de las mercancías. Su ausencia determinó que la denuncia por parte del comprador no prosperase.

a la cantidad o calidad de las mercancías⁷⁸, o al tratamiento jurídico de su disconformidad. Además, aporta la actualización precisa a las circunstancias del sector comercial concernido, frente a la petrificación que ha comportado la codificación de los usos en la Convención⁷⁹. En este sentido, no cabe duda de que la *lex mercatoria*, además de colaborar en el desarrollo de las normas materiales uniformes que dispone la Convención de Viena de 1980⁸⁰, coadyuva, a través del firme reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los contratante, a fomentar el empleo de dicha Convención por parte de los operadores del comercio internacional de mercaderías⁸¹.

B. Integración e interpretación uniforme de las normas materiales

14. Aunque la anteriormente analizada sea la función más tangible de la *lex mercatoria* en el marco de la compraventa internacional en general, y en la regulación de la conformidad material de las mercancías en particular, no cabe obviar otra de no menor importancia, aunque resulte menos evidente, que es la colaboración en la integración de lagunas *praeter legem*⁸² y la interpretación uniforme de las normas materiales convencionales, en esta ocasión, al margen de la autonomía de la voluntad de las partes.

A ambas actividades se refiere el artículo 7 de la CV de 1980⁸³, que en su párrafo primero dispone la obligación del operador jurídico de interpretar los términos de la Convención atendiendo a su internacionalidad y procurando una interpretación uniforme y conforme al principio de buena fe en el comercio internacional⁸⁴; y, en el segundo párrafo, establece que si el operador jurídico encuentra una laguna *praeter legem* en la regulación de la Convención (“*cuestiones relativas a materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella...*”) y no obtiene un modo de colmarla a partir de la interpretación analógica, antes de acudir a las normas materiales estatales que designen las disposiciones conflictuales aplicables (al respecto, *vid. infra*), tendrá que aplicar los “principios generales en los que se basa la presente Convención”, esto es, los principios generales que derivan de la propia Convención y encuentran expresión en ella.

En difícil delimitación de las diferencias que puedan existir entre la interpretación analógica y la interpretación conforme a los principios generales que derivan de la Convención, ambos criterios han sido empleados, por ejemplo, en lo que respecta a la determinación de la carga de la prueba de la falta de conformidad de las mercancías, toda vez que es una cuestión no regulada de forma expresa por la propia CV de 1980⁸⁵ –y que, en ocasiones, ha sido objeto de interpretaciones estatales–⁸⁶.

⁷⁸ Acuerdo que resulta conveniente introducir en el contrato cuando no existen estándares o normas a los que recurrir: cf. T. Pokelia, *loc. cit.*, p. 38.

⁷⁹ Vid. A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 9”, *loc. cit.*, p. 136; B. Campuzano Díaz, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁰ Como señala B. Campuzano Díaz, en *op. cit.*, pp. 212 y 213.

⁸¹ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 186.

⁸² Tomo la distinción entre lagunas *intra legem* (“falsas lagunas” o cuestiones a las que la Convención no resulta de aplicación) y lagunas *praeter legem* (“lagunas verdaderas”, referentes a materias que la Convención sí regula, pero para las que no contiene una respuesta específica) de V.R. Mucenic, “Lagunas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mucenic.html>, consultado por última vez el 7 de diciembre de 2005.

⁸³ Sobre la importancia de la interpretación uniforme y el papel del art. 7 de la CV de 1980, *vid.*, entre otros, F. Ferrari, *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 28-32; A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 7”, L. Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 102-113, esp. p. 108; R. Herber, “Article 7”, en P. Schlechtriem (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, *op. cit.*, pp. 59-68, esp. pp. 65 y 66; R. Illescas Ortiz y P. Perales Viscasillas, *op. cit.*, pp. 118-120.

⁸⁴ Vid. A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 7”, *loc. cit.*, pp. 103-110.

⁸⁵ En efecto, por analogía con lo dispuesto en el artículo 79 en relación con las causas de exención, (respecto de las cuales dispone que tienen que ser probadas por quien las alega: *vid. A.*

15. Comenzando por lo que, a mi juicio, resulta menos discutible, esto es, la posibilidad de intervención de la *lex mercatoria* a través de este artículo 7.2 de la CV de 1980, se ha de tener presente que los principios a que se refiere dicho precepto han de servir de fundamento a la Convención; haberla inspirado y encontrarse en sus disposiciones⁸⁷; pero no cabe duda de que coinciden con los principios generales de la *lex mercatoria*⁸⁸. Atender a su origen, y a la necesidad de que sea interpretada internacional y uniformemente impide, a mi entender, afirmar que, en su condición de norma internacional uniforme, la Convención ha conquistado una independencia absoluta de la *lex mercatoria*. De otro modo expresado, creo que cabe sostener que los principios que “se extraen” de la Convención no son distintos a los principios generales que van siendo identificados como integrantes de dicha *lex mercatoria*⁸⁹.

El empleo de los principios generales en materia de conformidad de las mercancías ha comportado, *v. gr.*, que cuando no ha sido posible derivar del contrato las condiciones que han de cumplir las mercancías objeto de compraventa (art. 35.1 CV 1980), y la aplicación de las condiciones tácitas (art. 35.2 CV 1980) no ha permitido alcanzar ninguna conclusión al respecto, la determinación de la conformidad se haya efectuado en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la CV de 1980 –y no en aplicación de la ley estatal demandada por las normas de DIPr– acudiendo a estándares tales como el “estándar de calidad razonable” (*reasonable quality standard*)⁹⁰. Nótese, a este respecto, que el operador jurídico alcanzaría una solución semejante si emplease los Principios de Derecho contractual europeo y, más

Martínez Cañellas, *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Tesis Doctoral, Palma de Mallorca, 2001, p. 196, tesis obtenida en <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0308105-095856>, última fecha de consulta, 9 de diciembre de 2005) o por medio del recurso a los principios generales de la CV de 1980 (Sent. del Tribunal Federal suizo – *Schweizerisches Bundesgericht*– de 7 de julio de 2004, *UNILEX*) se viene sosteniendo que la carga de la prueba de la falta de conformidad corresponderá, en principio, al comprador. *Vid.* una síntesis de jurisprudencia y doctrina favorable a esta autointegración de la CV en el sentido indicado, en R. Illescas Ortiz y P. Perales Viscasillas, *op. cit.*, pp. 193-194. Se refiere a la integración a través de los principios generales, *ad ex.*, A.M. Morales Moreno, “Artículo 35”, *loc. cit.*, p. 310.

⁸⁶ *Vid.*, *v. gr.*, las realizadas por la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Comercial de Buenos Aires- Sala E, que aplicó a la cuestión el Código de comercio argentino en su Sentencia de 24 de abril de 2000 (*UNILEX*); o por el *US Court of Appeal*, 7th Circuit, en su Sent. de 23 de mayo de 2005 (*UNILEX*), que estuvo a lo dispuesto en el *Uniform Commercial Code* de los EE.UU.

⁸⁷ Cf. U. Magnus, “Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht”, *RabelsZ*, 1995, pp.470-494, esp. p. 477.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 479.

⁸⁹ Y reunidos en una suerte de “codificación progresiva” en catálogos como la “*CENTRAL list*” que recoge como Anexo K.P. Berger, en *op. cit.* Al respecto, *vid.* A. Martínez Cañellas, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Granada, Comares, 2004, pp. 360-361.

⁹⁰ Así, en el marco de un contrato de compraventa de crudo de tipo “Rijn Blend”, el comprador denuncia la falta de conformidad del producto, por contener niveles demasiado altos de mercurio. Al no haber sido determinados de forma expresa en el contrato la calidad requerida, ni el uso para el que iba a ser destinado, se descarta la aplicación del art. 35.1 y la posibilidad de estar a la condición tácita dispuesta en el art. 35.2 b) de la CV de 1980 respectivamente. Es en aplicación de la condición del art. 35.2 a), conforme a la cual la mercancía es conforme si lo es con arreglo al uso para el que ordinariamente se destinan las de su tipo, cuando el tribunal arbitral (*Netherlands Arbitration Institute*) se ve en la necesidad de interpretar su alcance. Así, se encuentra en la disyuntiva de emplear el test de la mercantabilidad, o aplicar el estándar de calidad media; y, sin embargo, por Laudo de 15 de octubre de 2002 (*UNILEX*), rechaza ambos criterios, atendiendo a la necesidad de interpretar de forma uniforme los términos de la Convención, a la luz de su art. 7.1. Invocando, a continuación, el art. 7.2, el Tribunal arbitral considera aplicable un tercer estándar, precisamente el mencionado de la “calidad razonable”, y entiende que las mercancías no son conformes, a la luz del precio convenido entre las partes. A esta resolución arbitral se refiere, en este mismo contexto, R.F. Henschel, “Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law”, estudio obtenido de <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html> (última fecha de consulta: 28 de noviembre de 2005). Aunque sin hacer referencia al art. 7.2 de la CV 1980, emplea también el estándar de calidad media la Sent. LG Berlin de 15 de septiembre de 1994 (*UNILEX*).

concretamente, los Principios UNIDROIT⁹¹: el artículo 5.1.6 comporta la aplicación del “estándar de calidad medio”, combinado con el criterio de la razonabilidad⁹². Tal coincidencia radicaría en que el estándar (principio general) y la norma recogida en dicho artículo 5.1.6 se fundamentarían en un principio fundamental, parte indiscutible de la *lex mercatoria*, cual es el de buena fe contractual⁹³, reiterado, en el marco específico de la interpretación de las normas de la Convención, en el artículo 7.1 de ésta.

16. La pregunta que, a este respecto, cabe formular, es si los propios Principios UNIDROIT pueden servir a la integración de las lagunas *praeter legem* de la Convención de Viena a través de lo dispuesto en el mentado artículo 7.2, también por los tribunales estatales⁹⁴. De ser así, también otras cuestiones que no se encuentran resueltas de forma expresa en la Convención y tienen interés en la materia que nos ocupa, podrían resolverse en aplicación de dichos Principios⁹⁵.

La respuesta a esta cuestión ha de pasar por integrar el mandato del artículo 7.2 de la CV de 1980 con la interpretación uniforme e internacional a la que alude el artículo 7.1⁹⁶. Dicha interpretación comporta la advertencia de que no cabe acudir a los criterios interpretativos que puedan proporcionar los Derechos estatales (*lex fori* o ley aplicable al contrato en aplicación de las disposiciones conflictuales) y la necesidad de atender a la jurisprudencia de los tribunales de otros Estados contratantes en la búsqueda de los criterios que éstos hayan empleado en la interpretación internacional⁹⁷; pero también la pertinencia de acudir a los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969⁹⁸, entre los cuales se encuentran los trabajos preparatorios y cualesquiera otros medios

⁹¹ Adviértase que los Principios se ofrecen como instrumentos para interpretar e integrar instrumento convencionales de Derecho uniforme, precisamente para procurar la necesaria interpretación autónoma e internacional: *Vid.*, el Preámbulo de los Principios UNIDROIT; y, en referencia expresa al art. 7 de la CV de 1980, el Comentario, en *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, *op. cit.*, p. 5.

⁹² Nótese que aquél, aislado, comportaría en mayor medida el “average quality test”: *cf.* R.F. Henschel, *loc. cit.*, p. 4. El art. 5.1.6 de la versión de 2004 de los Principios UNIDROIT establece que “Where the quality of performance is neither fixed by, nor determinable from the contract a party is bound to render a performance of a quality that is reasonable and not less average in the circumstances. En la traducción española de 2001 (de la versión de 1994) se lee: “si la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede determinarse en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias”.

⁹³ *Vid.* Comentario al artículo (en p. 129 de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, *cit.*); J. Pulido Begines, “Capítulo 5. Contenido”, en D. Morán Bovio (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 245-273, esp. pp. 245-247.

⁹⁴ Puesto que ya vienen siendo usados por los Tribunales arbitrales con esta finalidad supletiva: *vid.* M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: General Presentation”, F. Mestre y P. de Seume (Eds.): *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas? / UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Roma, UNIDROIT, 1998, pp. 21-28, esp. p. 26.

⁹⁵ *Vid.* J.S. Ziegel, “The UNIDROIT Principles, CISG and National Law”, F. Mestre y P. de Seume (Eds.), *Los Principios de UNIDROIT...*, *op. cit.*, pp. 221-233, esp. p. 222.

⁹⁶ *Cf. Ibidem*, p. 222. *Vid.* una exposición muy sintética de otras opiniones doctrinales al respecto en A. Martínez Cañellas, *La interpretación y la integración...*, *op. cit.*, p. 353.

⁹⁷ Según acuerdo de la XXI Sesión de la UNCITRAL, celebrada del 11 al 22 de abril de 1988, según indica A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 7”, *loc. cit.*, p. 109. A tal fin, como es sabido, existen importantes bases de datos que sistematizan la jurisprudencia existente en aplicación de la CV (*CLOUT*, *UNILEX*, las disponibles en las páginas *web* de numerosas universidades, como es el caso de la Pace University: *vid.* R. Herber, “CLOUT, Unilex und andere Veröffentlichungen zum internationalen Kaufrecht”, *RIW*, 1995, pp. 502-504) que pueden (y deben) ser empleadas por los tribunales para procurar dicha interpretación uniforme de las normas convencionales. El problema que esta interpretación plantea es que el tribunal puede tener fundadas razones para entender que la jurisprudencia constante, por muy uniforme que sea, es errónea: *cf.* J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 225.

⁹⁸ *Vid.*, no obstante, las discrepancias en torno a tal posibilidad de las que da cuenta A.L. Calvo Caravaca, “Artículo 7”, *loc. cit.*, p. 104.

suplementarios (art. 3.2). Con base en esta norma se ha señalado la posibilidad de recurrir a los Principios UNIDROIT cuando los otros criterios interpretativos no permiten alcanzar una conclusión válida, en tanto medios suplementarios de interpretación⁹⁹: no en vano se trata de instrumentos internacionales de regulación de los contratos internacionales inspirados, en buena medida, en la CV de 1980.

De esta forma, por ejemplo, los Principios UNIDROIT pueden ayudar a interpretar cuándo la falta de conformidad de las mercancías constituye un incumplimiento esencial (art. 25 de la CV de 1980) a efectos de que el vendedor pueda declarar resuelto el contrato (ex art. 49 de la CV de 1980)¹⁰⁰. En efecto, si el carácter esencial o no del incumplimiento –con carácter general– viene determinándose de manera principal atendiendo a criterios económicos, fundamentados en las pérdidas reales experimentadas por la parte contractual que alega dicho incumplimiento¹⁰¹, pues lo relevante para determinar el tipo de incumplimiento son las consecuencias que comporta para la parte lesionada¹⁰², en la concreción de criterios que discriminen entre lo que constituye o no un incumplimiento esencial podría resultar adecuado estar a los factores que al respecto establece el artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT¹⁰³.

III. La *lex mercatoria* en defecto de Derecho material uniforme: la conformidad de las mercancías y el contrato internacional de inspección de mercancías

1. La inspección de las mercancías por tercero: el contrato de inspección

17. La falta de seguridad que comporta para el comprador efectuar el examen de las mercancías en un momento posterior al de la transmisión de los riesgos y el excesivo coste que puede comportar realizarlo en ese momento, unidos en ocasiones a la necesidad de realizar exámenes con personal e instrumental especializado (*vid. supra*, §§ 7-9), explican que resulte cada vez más habitual que el examen de las mercancías se encargue a terceros¹⁰⁴, que en un primer momento fueron los transportistas¹⁰⁵, y en la actualidad son entidades especializadas en la prestación de servicios de inspección y certificación. Estas entidades, conocidas por todos por sus actividades en el sector de la clasificación de buques y la certificación de productos (*Lloyd's Register of Shipping, Bureau Veritas, Société Générale de Surveillance –SGS–*,

⁹⁹ Cf. J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 225. Importa hacer patente el carácter subsidiario de la aplicación de los Principios: en ello insiste *ibidem*, pp. 226 y 227.

¹⁰⁰ Éste es, de hecho, el mayor inconveniente que presenta el sistema de la CV de 1980, y a cuya resolución pueden coadyuvar los Principios, como pone de relieve P. Schlechtriem, "Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts", M.J. Bonell y F. Bonelli (Eds.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 247-269, esp. pp. 260 y 261.

¹⁰¹ *Vid.* al respecto L. Graffi, "Case law on the concept of «fundamental breach» in the Vienna Sales Convention", *RDAI*, 2003, pp. 338-349, esp. pp. 342-344.

¹⁰² *Vid.* A. Martínez Cañellas, *El incumplimiento esencial...*, *op. cit.*, p. 300.

¹⁰³ Cf. J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 225. Obsérvese que, en su comentario a este artículo, D. Morán Bovio apunta a la semejanza entre la hipótesis del art. 7.3.1 de los Principios y lo dispuesto en la CV de 1980: *vid.* "Capítulo 7. Incumplimiento", D. Morán Bovio (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit...*, *op. cit.*, pp. 317-388, esp. p. 348.

¹⁰⁴ Cf. P. Kahn, *op. cit.*, p. 126. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el art. 38.1 de la CV de 1980, cuando establece que "el comprador deberá examinar o *hacer examinar* las mercancías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias" (el énfasis es mío). La disposición también puede hacer referencia a los supuestos en que los terceros que examinan las mercancías sean aquéllos que a su vez las han adquirido del comprador; en tal caso, si las mercancías son reexpedidas o dirigidas al segundo comprador sin que el primero haya tenido ocasión de examinarlas, la inspección tendrá que ser efectuada, en principio, por este segundo comprador, como pone de relieve M. Bianca, "Article 38", *loc. cit.*, p. 297.

¹⁰⁵ *Vid.* P. Kahn, *op. cit.*, pp. 126-127.

OMIC, *Inspectorate, Caleb Brett...*)¹⁰⁶, son, por lo general, potentes empresas multinacionales que ponen a disposición de sus sociedades filiales o de los establecimientos secundarios que tienen dispersos por todo el mundo –en función de cuál sea la estrategia de internacionalización que sigan– los medios humanos, técnicos y tecnológicos más avanzados. Nada impide, en este sentido, que la inspección sea encargada por los contratantes en la compraventa a otras personas (expertos)¹⁰⁷ o entidades (laboratorios), pero por lo general este servicio es encomendado a estas compañías, por su reputada experiencia, diligencia e imparcialidad¹⁰⁸, y porque, además, como se deriva de lo indicado, cuentan con la infraestructura necesaria para el desempeño de estas funciones. En definitiva, los agentes del comercio internacional confían la inspección de las mercancías a estas sociedades, porque la práctica ha dado prueba de su utilidad, y de que realizan sus servicios con competencia y buena fe¹⁰⁹.

De esta forma, las sociedades inspectoras o certificadoras podrán realizar una inspección fidedigna de las mercancías en el lugar y momento que determine el contratante¹¹⁰ (denominado principal en el marco de este contrato¹¹¹): en su caso, donde y cuando se transfieren los riesgos, garantizando con ello la coincidencia del momento en que se efectúa la inspección de las mercancías y el momento en que éstas tienen que ser conformes¹¹². La consolidación de esta práctica en el marco del comercio internacional ha propiciado la aparición de un nuevo contrato, vinculado

¹⁰⁶ Al respecto, *vid.* M.T. Gómez Prieto, “Las sociedades de clasificación de buques”, *ADM*, vol. XI, 1994, pp. 257-375.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, en el Asunto resuelto por Sent. de la *Cour d’Appel d’Aix-en-Provence*, 2^o Ch., de 8 de abril de 2004, *Navire Capitan Kud (Sarl Zvilex C. Sté Habib Bank Ltd. et a.)*, *DMF*, 2004, pp. 499-502, la inspección es realizada por un experto (el Sr. Barral). Éste manifiesta la conformidad de las mercancías (telas) al contrato (entre la francesa *SARL Zvilex*, compradora y la paquistaní *Queens Polyester*, vendedora), aunque tales mercancías no son realmente conformes (*vid.* más sobre el Asunto *infra*, en nota 121).

¹⁰⁸ Aunque, por supuesto, también se han detectado actuaciones negligentes y errores en la realización de la inspección. Un ejemplo de falta de diligencia lo proporciona el Asunto *International Petroleum and Supply Sociedad Limitada c. Caleb Brett & Son, Caleb Bret & Son Continentaal BV, Caleb Brett & Son Italia SpA and Petrinspector SRL (“The Busiris”)*, resuelto por el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) del Reino Unido, los días 16, 19, 20, 21, 22, 26 y 27 de noviembre de 1979 (*Lloyd’s Rep.*, 1980-1, pp. 569-591). De las sociedades demandadas, la última (*Petrinspector*, italiana) era la encargada de realizar la inspección del petróleo objeto de la compraventa entre la demandante (sociedad petrolera panameña) y la compradora, *AGIP* (también italiana). La inspección contratada, según concluye la *Court of Appeal*, realmente no fue realizada, pero se certificaron unos determinados resultados, con arreglo a los cuales se trató la mercancía a bordo. De esta manera, la bodega se mantuvo a la temperatura que precisaba el petróleo (según su “punto de escurrimiento”), a la luz de esos resultados, pero no pudo ser debidamente descargada al llegar a su destino (Mizushima, Japón), porque no eran correctos: al haber sido transportado a una temperatura inferior, el petróleo se solidificó en las pipas de descarga. *Vid.*, como supuestos en los que se denunciaron o constataron errores en la certificaciones, los Asuntos *Galaxy Energy International Ltd (BVI) v. Eurobunker SpA* (error no admitido) y *Toeffer v. Warinco* (error real), *infra*, nota 117.

¹⁰⁹ Cf. J. Vilus, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁰ La inspección puede realizarse también en un momento previo a la entrega de las mercancías, mientras éstas se encuentran siendo manufacturadas o, de algún modo, procesadas. Es lo que se denomina “*in-process inspection*”, que normalmente no tiene derecho a efectuar el comprador, contrapuesta a la “*acceptance inspection*”, que es la que ocupará nuestra atención y la que constituye una carga para el comprador. Alude a tal distinción entre tipos de inspección J. Cibinic, Jr., en “The Government’s Non-Judicial Remedies for Breach of Contract: A Comparison of Inspection and Default Clauses with the UCC”, *George Wash. L. Rev.*, vol. 719, 1965-1966, pp. 719-745, esp. p. 722.

¹¹¹ El principal es, claro está, una de las partes en el contrato de compraventa –normalmente la que ambas acuerden–. El tercero, esto es, la concreta sociedad inspectora, es designado por una de ellas, o acordado por las dos, según lo que el contrato de compraventa disponga.

¹¹² “Nudo” problemático en el ámbito del contrato de inspección, según indica M. López de Gonzalo, “Accertamento della conformità delle merce nei contratti di vendita internazionale di «commodities»”, *Dir. com. int.*, 1999, pp. 149-166, esp. pp. 150-151.

funcionalmente a un contrato de compraventa pero jurídicamente independiente respecto de él: se trata del contrato internacional de inspección de mercancías¹¹³.

18. La referida seguridad en lo que respecta a la conformidad de las mercancías objeto de compraventa se logra, así, cuando ambas partes en este contrato acuerdan que se realice la inspección por una de estas entidades especializadas¹¹⁴—lo cual, por lo general, efectúan a través de la introducción en el contrato de una cláusula conocida como “cláusula-inspección”¹¹⁵— y, además, el acuerdo también comporta que el resultado de la inspección, que se recoge en el denominado “certificado de inspección”, sea definitivo y vinculante (*final and binding*)¹¹⁶. Si se confiere tal carácter al certificado, la conformidad —o no— de las mercancías entregadas se determinará, *inter partes*, exclusivamente en atención a lo dispuesto en tal certificado¹¹⁷.

¹¹³ Vid. A. Goldštajn, “The Contract of Goods Inspection”, *loc. cit.*, p. 385; J. Vilus, *Preliminary Report...*, *op. cit.*, pp. 24 y 26; C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

¹¹⁴ Por supuesto, nada impide que la inspección sea contratada por una de las partes sin el referido acuerdo. Tal contratación permitirá a dicha parte tener una prueba del estado de las mercancías (cantidad, calidad o cualquier otra cualidad) en el momento en que se inspeccionaron, proporcionada por un tercero especializado e independiente. La prueba puede ser definitiva, en la medida en que no pueda ser presentada prueba en contra [Vid., en este sentido, la Sent. AP de Alicante de 19 de febrero de 1999, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 736-737, en la que se deriva la responsabilidad del porteador de la imposibilidad de presentar prueba en contra de la certificación del (buen) estado de las mercancías en el momento en que le fueron entregadas al importador: tal prueba permite al órgano jurisdiccional español concluir que la mercancía se averió por causa de una deficiente refrigeración durante el transporte]. Sin embargo, es obvio que también cabrá prueba en contrario.

¹¹⁵ Cláusula que aparece dispuesta en condiciones generales de contratos, como, por ejemplo, las respectivas núm. 5.1 de la Condiciones Generales para el suministro para la exportación de materiales de equipo establecidas por la CEE/ONU de 1953 y de 1955: *vid. en Lamy. Contrats internationaux*, vol. III, división 4, anexo 050/6-1. Los contratos de comercio chino-japoneses que reproduce el *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, 1968, pp. 328 y ss. también contienen la cláusula. Vid. una recopilación de cláusulas contractuales con acuerdo de someter a un tercero la inspección en M. López de Gonzalo, “Accertamento della conformità...”, *loc. cit.*, pp. 160-166.

¹¹⁶ En relación con la licitud de la cláusula, *vid. infra*, nota 146.

¹¹⁷ Así, en el marco del contrato de compraventa de petróleo entre las partes en el Asunto *Coastal (Bermuda) Ltd. v. Esso Petroleum Co. Ltd.*, resuelto por la *Court of Appeal* del Reino Unido el 17 de octubre de 1983 (*Lloyd's Rep.*, 1984-1, pp. 11-13), se acordó que la sociedad inspectora *Caleb Brett* analizaría la mercancía en el puerto de carga, y que la inspección sería vinculante. Por ello, aunque posteriormente el comprador realizó otro análisis de las mercancías (en el que detectó una cantidad diferente de *asphaltine* en el petróleo, que lo haría menos valioso), el Tribunal británico señaló la vinculación —y la prevalencia, en lo que a la conformidad de la mercancía respecta— del primero de los certificados. Consiguientemente, el certificado determina la condición o condiciones de las mercancías con arreglo a la(s) cual(es) pueden ser consideradas conformes a lo establecido en el contrato, en el momento dispuesto al efecto. A este respecto, nada impide que la vinculación a lo dispuesto en el certificado en relación con la conformidad de las mercancías se acuerde en relación con la inspección que se realice en diferentes momentos, por ejemplo, tanto en la carga como en la descarga. Así, en el Asunto *Galaxy Energy International Ltd (BVI) v. Eurobunker SpA* [*Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 31 de julio de 2001, *Lloyd's Rep.*, 2001-2, pp. 725-730], la compradora, *Eurobunker*, alega la falta de conformidad de la mercancía (petróleo), con base en el error en el segundo de los exámenes realizados. Éste, según lo acordado en el contrato, sería vinculante y definitivo, igual que el primero; por ello el Tribunal sólo desestima la pretensión de la compradora, a la luz del carácter *final and binding* del segundo certificado, una vez inadmitida la existencia de error. Un error real en la certificación, irrelevante a efectos de determinar la conformidad de las mercancías en lo que se refiere a las relaciones *inter partes*, se advierte en el Asunto *Toepfer v. Warinco AG* [*Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 7, 8 y 9 de marzo de 1978, *Lloyd's Rep.*, 1978-2, pp. 569-579]. Aquí, el litigio surgió a raíz del contrato de compraventa de 2400 toneladas de grano de soja FOB Hamburgo, celebrado entre la sociedad *Warinco AG*, con sede en Zúrich (compradora) y la sociedad hamburguesa *Toepfer* (vendedora, que a su vez compra a *Unimills*, también hamburguesa). La sociedad contratada para el control de la calidad de las mercancías es *Control Co.* (alemana); y su error consistió en no impedir que las 1900 primeras toneladas de la cantidad total de soja a embarcar tuvieran un grosor muy superior al establecido (lo cual, según consta en los autos, hubiese sido apreciable por cualquiera). Sólo las últimas 500 toneladas embarcadas no eran de soja de grano gordo; pero aún así, el certificado de la inspección no hizo mención de este dato.

19. La existencia de un certificado de inspección de las mercancías disminuye los litigios entre el comprador y el vendedor, si se pacta que sea la prueba definitiva y vinculante acerca de la cantidad, calidad o cualquier otra cualidad de las mercancías en un determinado momento, por muy especializado que haya de ser el examen en orden a determinar cualquiera de esos aspectos¹¹⁸; pero no es ésta la única ventaja que reporta. Para el comprador puede resultar determinante que se emita un certificado de inspección que refleje fielmente el extremo (o los extremos) que importa(n) en la conformidad de las mercancías, porque tal certificado puede –y suele– ser empleado en las relaciones con sus subcontratantes¹¹⁹; pero, además, si ha aceptado que el pago se garantice de algún modo, como por ejemplo, a través de crédito documentario irrevocable¹²⁰, dicho certificado puede constituir un excelente remedio para garantizar que el vendedor no cobrará por unas mercancías que no sean conformes. Al efecto, basta disponer en el condicionado del crédito documentario la obligatoriedad de presentar el certificado de inspección emitido por la sociedad certificadora determinada, que refleje dicha conformidad. En tal caso, la entidad bancaria no podrá hacer efectivo el pago al vendedor si del certificado no se desprende la conformidad de las mercancías por él entregadas¹²¹; de otro modo

¹¹⁸ Cf. P. Kahn, *op. cit.*, p. 123; J. Vilus, *Preliminary Report...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹¹⁹ *Vid.*, v.gr., el Asunto *Huyton SA c. Peter Cremer GmbH & Co.*, resuelto los días 6, 7, 8 y 13 de junio y 21 de octubre de 1998 por la *Queen's Bench Division (Commercial Court)* (*Lloyd's Rep.*, 1999-1, pp. 620-642). La demandante, sociedad suiza, adquirió de la demandada, con sede en Hamburgo, una gran cantidad de trigo procedente de Rumania. Como medio de pago se estipuló uno de carácter documentario, esto es, el vendedor necesitaría presentar unos determinados documentos para que le fuera hecho efectivo el precio de las mercancías. En el Asunto, uno de los problemas entre las partes se plantea cuando *Huyton* se niega a efectuar el pago mientras la totalidad de los documentos no se presente en la forma en que establece el contrato. La primera vez que *Cremer* los presentó al banco, faltaban el certificado de la fumigación del cereal, la certificación correspondiente no afirmaba la ausencia de radiactividad, como debía y el certificado de origen de las mercancías estaba incompleto. El pago no se hizo efectivo hasta que estos defectos no fueron subsanados, esto es, hasta que no se presentaron todos los documentos en orden. Y es que *Huyton*, a su vez, revendía las mercancías a un tercero (*Sotisco Trading Co. Inc.*, sudanesa) con el que acordó que el pago se efectuase mediante crédito documentario. Así, el cobro por parte de *Huyton* del crédito documentario –el precio de lo estipulado en esta segunda operación– dependía de la entrega por su parte de los documentos al banco. En todo caso, debe advertirse que el motivo que en realidad desencadena el litigio se vincula al pago del amarre del barco en el que tenían que transportarse las mercancías durante su carga en el puerto de Constanza, y el acuerdo entre las partes de someter ese aspecto al arbitraje.

¹²⁰ En tal caso, es el comprador el que ve incrementados sus riesgos. El pago por crédito documentario conlleva la garantía de que el pago no se va a efectuar sin que se haya producido la expedición efectiva de las mercancías pero no asegura que recibirá esas mercancías conforme a lo estipulado en el contrato. Al respecto, *vid.*, *inter alia*, M. Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, Beramar, 1994, pp. 60-69; *id.*, en J.M. Espinar Vicente, J.C. Fernández Rozas y J. De La Llave de Larra (Coords.), *Guía Práctica de Comercio exterior*, Madrid, E. de Castro/Wolters Kluwer, 11ª act., 1993, pp. 12-13; J.L. Riva, *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior (con especial referencia a las publicaciones 500, 522 y 525 de la C.C.I.)*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 14-16; I.S. Çakiroglu, *Crédit documentaire*, 2ª ed., París, J. Delmas et Cie., 1990, pp. 12-13.

¹²¹ Respecto de este certificado de inspección, el banco habrá de comprobar que ha sido expedido por la entidad acordada por las partes; que la firma es manual; que cubre la mercancía enviada; y que la certificación muestra la conformidad con las estipulaciones y requisitos exigidos en la póliza: *vid.* J.A. Fuentes "Examen de los otros documentos", *La nueva reglamentación internacional del crédito documentario*, Madrid, CECO, 1985, pp. 179-225, esp. p. 209. *Vid.* también C. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 305-306. Sobre la actitud de los bancos a la hora de determinar su conformidad con los términos del crédito documentario, *vid.* las afirmaciones de Sir T. Bingham M.R., en *Glencore International AG and another v. Bank of China (Court of Appeal)*, 23 de octubre y 8 de noviembre de 1995, *Lloyd's Rep.*, 1996-1, pp. 135-155, p. 148.

Importa advertir que el certificado ha de *mostrar* que dichas mercancías son conformes; pero la entidad bancaria no responderá porque realmente no lo sean. Retomando el Asunto *Navire Capitan Kud (Sarl Zvilex C. Sté Habib Bank Ltd. et a.)* (*supra*, nota 107), la resolución pone de relieve la corrección del pago por parte del banco confirmador (*Habib Bank*), con base en el certificado emitido, pues en lo que respecta al crédito documentario el banco debe limitarse a comprobar la posibilidad de realizar el pago a la luz de los documentos, como recuerda P. Godin en sus Observaciones a la resolución francesa (*DMF*, 2004, pp. 502-505).

expresado, dicha entidad incurrirá en responsabilidad por incumplimiento de lo previsto en el contrato de crédito documentario si a pesar de que lo que se desprende de los documentos, efectúa el pago al beneficiario¹²².

20. De este modo, a tenor de la mayor eficiencia que proporciona al contrato de compraventa internacional¹²³, no es de extrañar que cada vez resulte más habitual la contratación del tercero especializado, para que sea éste quien realice la inspección de las mercancías, a cambio del pago de un precio. Pero la significación y frecuencia del contrato de inspección en el comercio internacional no se corresponden con un tratamiento acorde por parte de la doctrina¹²⁴, ni con una normativa (positiva) específica: no existe regulación internacional en la materia, y los legisladores nacionales no han mostrado interés en su regulación, salvo excepciones muy puntuales. En efecto, el contrato de inspección de mercancías puede considerarse un contrato atípico, salvo en el Código de comercio internacional de *Checoslovaquia* de 1963 (arts. 521 a 535)¹²⁵ y la Ley sobre contratos comerciales internacionales de la antigua RDA (*Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* de 1976: parágrafo 157). Ello, sin perjuicio de que puedan hallarse referencias a la inspección de las mercancías en el ámbito de la compraventa, aunque no al contrato directamente, como ocurre en el *Uniform Commercial Code* estadounidense (sección 2-515 b)¹²⁶, y en la propia Convención de Viena de 1980, como ya se ha puesto de relieve.

En esos raros casos en los que se ha abordado normativamente la figura, ya sea para regular el contrato, ya para reconocer la posibilidad de que un tercero inspeccione las mercancías objeto de una compraventa, el tratamiento se ha dispensado a través de normas materiales especiales, expresamente destinadas a reglamentar situaciones internacionales¹²⁷, o dirigidas a paliar la disparidad entre ordenamientos estatales, con vistas a que las situaciones heterogéneas reciban un tratamiento conforme a principios comunes, que elimine riesgos en la contratación¹²⁸.

¹²² Así lo señala el TS español (Sala de lo Civil) en su Sent. de 7 de abril de 2000, *Asunto DMR Export Import PVT Ltd. c. Banco Central Hispano (II)* (*Westlaw Aranzadi*, RJ 2000/2349), en el cual, en efecto, el Banco es condenado por pagar al beneficiario el crédito documentario, a pesar de que el certificado permitía deducir la falta de conformidad de las mercancías. Tales mercancías, inspeccionadas por *Evincesa*, eran guantes de producción industrial, adquiridos por la demandante (sociedad hindú) a la sociedad española *Manufacturas Vicente*.

¹²³ *Vid.* las posibilidades de empleo de los certificados de inspección en el marco de otros contratos funcionalmente vinculados a la compraventa internacional de mercaderías (señaladamente, en relación con el contrato de transporte) en C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 143-149 y pp. 336-360.

¹²⁴ Poco ha variado, a este respecto, desde que la ausencia de atención al contrato, tanto por parte de los legisladores estatales o convencionales cuanto por la doctrina, se pusiera de relieve en trabajos como los de A. Goldštajn ("The Contract of Goods Inspection", *loc. cit.*, p. 383), J. Vilus (*Preliminary Report...*, *op. cit.* p. 23 y *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, pp. 1 y 13) o J.M. Smid (*Communication. Quality and Quantity Control of Goods – Inspection Contracts in the International Sale of Goods*-, Study LX, Doc. 4, UNIDROIT, Roma, 1993, p. 1). A mi conocimiento, el único trabajo monográfico existente sería el tantas veces citado en este estudio, de C.A. Giner Parreño.

¹²⁵ El Código dejó de estar en vigor en Eslovaquia tras la entrada en vigor, en 1990, de un nuevo Código de comercio, según información de la Embajada de Eslovaquia, contenida en la página web <http://www.banesto.es/euroventanilla/ampliacion/eslovaca.htm> (fecha de consulta: 14 de enero de 2005). La República Checa, por su parte, también habría derogado el antiguo Código de comercio –propio de una economía socialista– cuando, como Eslovaquia, comenzó su adaptación a la economía de mercado. Así, aprobó otro Código de Comercio en 1991 (No. 513/1991), según consta en <http://www.banesto.es/euroventanilla/ampliacion/checa.htm> (última fecha de consulta: 7 de diciembre de 2005).

¹²⁶ *Vid. supra*, nota 56.

¹²⁷ Como ocurría respecto del Código de comercio internacional de 1963 de la *ex Checoslovaquia*. Las normas materiales especiales en él contenidas eran "dependientes", en la medida en que sólo resultaban aplicables en la medida en que era el Derecho *checoslovaco* el regulador de la situación: *cf.* R. David, "Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle «lex mercatoria»", *New Directions in International Trade Law*, vol. I, Nueva York, Oceana Publications, 1977, pp. 5-20, p. 9.

¹²⁸ Me refiero, en este último caso, al *Uniform Commercial Code* de los EE.UU.: *vid.* J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*»..., *op. cit.*, pp. 43-45.

Semejante toma en consideración de la heterogeneidad de la situación por la norma reguladora no hace sino reflejar que los contratos de inspección son empleados en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales de forma, si no exclusiva, sí muy mayoritaria. A su vez, esta dimensión internacional del contrato de inspección de mercancías también podría explicar su falta de tratamiento normativo por parte de los legisladores estatales, en la medida en que éstos atienden con preferencia, tradicionalmente, a las situaciones internas.

2. Funciones de la *lex mercatoria* en defecto de Derecho material uniforme

A. Función conformadora: las condiciones generales de las sociedades certificadoras

21. El vacío legal existente respecto de los contratos internacionales de inspección de mercancías viene siendo colmado a través de las condiciones generales que las sociedades certificadoras emplean en la contratación de sus servicios. Dichos contratos, ciertamente, son, en su práctica totalidad, contratos de adhesión, en los que el principal se encuentra ante la consabida tesitura de “tomar o dejar” la contratación en los términos establecidos por la sociedad certificadora, sin poder negociar las condiciones¹²⁹. Sólo cuando se requieren determinados servicios que las certificadoras entienden no “básicos” o “estándar”, éstos podrán ser objeto de una contratación desarrollada sobre la base de términos y condiciones negociadas de forma más o menos individual. Ello, claro está, en la medida en que no existan condiciones generales específicas para determinadas modalidades de contratos¹³⁰, que en tal caso se aplican con primacía –*specialibus generalibus derogat*– sobre las más generales. Pero, con carácter general, en las propias condiciones generales ese carácter “*take-it-or-leave-it*” de los términos preestablecidos se encuentra reforzado –en su caso– por la declaración en ellas contenida de la imposibilidad de alterar lo dispuesto en las condiciones *si no es a través de acuerdo*, que en todo caso se exige que sea *por escrito*¹³¹ y, en ocasiones, además, se sujeta expresamente a una autorización cualificada¹³².

¹²⁹ Vid. C.M. Schmitthoff, “Standard Contracts and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations”, *New Directions in International Trade Law*, *op. cit.*, pp. 177-191, esp. p. 177.

¹³⁰ Así, constituyen modalidades del contrato de inspección los contratos de inspección con aceptación de mercancías, o los contratos de inspección con garantía, en sus modalidades *FOG*, *FOQ* y *CC*. El contrato con aceptación de mercancías comporta que la sociedad certificadora realice un acto con trascendencia jurídica en el marco del contrato al que se vincula funcionalmente el de inspección, por cuanto se compromete a aceptar, en nombre y por cuenta del principal, las mercancías objeto de la compraventa internacional. En el contrato *FOG* (*full outturn guarantee*) se añade a la obligación (de la sociedad certificadora) de inspección de las mercancías y emisión de la certificación correspondiente una garantía de peso o cantidad (la certificadora responderá por las diferencias en el peso o en la cantidad entre la carga y la descarga de las mercancías). Respecto de estas dos modalidades, *vid.* C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 45-52 y 52-57, respectivamente. El contrato *FOQ* (*full outturn quality*) comporta la asunción de una garantía de su calidad o estado (la denominación, probablemente acuñada recientemente, así como la explicación de las obligaciones que conlleva, pueden hallarse en http://www.sgs.com/fog_cc_fog_liquids?serviceld=9102&lobld=5529 (última fecha de consulta: 7 de diciembre de 2005). Por su parte, a través de la contratación de un *CC* (*comprehensive cover*), además de una garantía de calidad o de cantidad, la certificadora se compromete a celebrar un seguro marítimo en nombre y por cuenta del principal “con sociedades de primera fila” que cubra guerras, huelgas, disturbios o conflictos civiles. Este es el caso de la inspectora SGS, que es la que nombra de esa forma al contrato: *vid.* http://www.sgs.com/fog_cc_fog_liquids?serviceld=9102&lobld=5529 (consultada por última vez el 7 de diciembre de 2005). En la *web site* de la sociedad inspectora *Intertek* también se hace referencia a la posibilidad de contratar una inspección *FOG* con seguro marítimo: *vid.* <http://www.intertek-cb.com/newsitetest/news/PalmoilInspectiontesting01042004.shtml> (última fecha de consulta: 7 de diciembre de 2005).

¹³¹ *Vid.*, en este sentido, la condición general (en lo sucesivo CG) núm. 1 de la certificadora *OMIC*; la CG 1 de *SGS*; y la CG de 1 *Bureau Veritas* español. Todas estas Condiciones Generales, junto con las

Estas condiciones generales elaboradas por las sociedades certificadoras (*i.e.*, por los propios operadores del tráfico, parte de la *societas mercatorum*¹³³) son la primera y principal fuente para la determinación de las obligaciones de las partes en el contrato de inspección¹³⁴. Pero, además, son consideradas instrumentos integrantes de una *lex mercatoria* particular del sector, junto con las prácticas o procedimientos que las certificadoras adoptan (*vid. infra*), debido a que éstos –prácticas y procedimientos– son muy similares, y aquéllas guardan importantes semejanzas, ya sea porque las más nuevas siguen las huellas de las más antiguas¹³⁵, ya porque hacen propios los parámetros de la *International Federation of Inspection Agencies (IFIA)*. En efecto, esta organización, que agrupa a las compañías inspectoras de mayor relevancia y proyección, cuenta con unas guías (*guidelines*)¹³⁶ que son empleadas por las certificadoras asociadas para la elaboración de las propias condiciones generales¹³⁷, cuando no son incorporadas expresamente en ellas¹³⁸. La coincidencia en muchos de los extremos de las condiciones generales de todas las certificadoras coadyuva, de este modo, a la conformación de una normativa *cuasi*-uniforme que contribuye a facilitar el régimen jurídico de los intercambios comerciales internacionales¹³⁹. De esta manera –se defiende–, las condiciones generales están en el origen de cierta estandarización vertical, esto es, en el sector específico concernido¹⁴⁰.

22. En el marco del contrato internacional de inspección las condiciones generales cumplen con la totalidad de las funciones que tradicionalmente desempeñan en el tráfico jurídico¹⁴¹. Pero, a diferencia de otras, no se dirigen de manera principal a

de otras sociedades inspectoras, pueden ser consultadas en la web de la *International Federation of Inspection Agencies (IFIA)*: www.ifia-federation.org (última fecha de consulta: 7 de diciembre de 2005).

¹³² Así, la CG 3 de *Inspectorate* reza: “Any change to these terms and conditions must be in writing and be signed by [an officer or] director of Inspectorate to be binding to Inspectorate”. En un sentido similar se expresan la CG 9 de *Cotecna*, la CG 6 de *Camin Cargo Control* y la CG 11 de *Saybolt*. Más tajante se muestra la CG 10 de *Caleb Brett*: “no officer, employee, agent or subcontractor of Caleb Brett (other than the Chief Executive Officer) has authority to alter or waive any of the foregoing provisions or to make any representation which will in any way conflict with or override any of the foregoing terms; and no such alteration, waiver or representation shall be binding upon Caleb Brett unless in writing and signed by the Chief Executive Officer of Caleb Brett”.

¹³³ *Vid.* C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

¹³⁴ *Vid.*, para un análisis de dichas obligaciones, C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, pp. 248-380. Además, contienen una regulación específica respecto de la responsabilidad de las sociedades certificadoras dirigida, fundamentalmente, a limitar dicha responsabilidad (*ibidem*, pp. 381-440).

¹³⁵ *Cf.* A. Goldštajn, “The Contract of Goods Inspection”, *loc. cit.*, p. 384; J. Vilus, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁶ Que pueden ser consultadas en www.ifia-federation.org.

¹³⁷ De este modo se reconoce expresamente al pie de las condiciones generales de *Bureau Veritas*: “Bureau Veritas is a member of the International Federation of Inspection Agencies Ltd from whose General Conditions of Business these conditions are derived”.

¹³⁸ Así, por lo que respecta a la realización de los servicios básicos, la *Provision 1* de *Caleb Brett* establece la aplicabilidad de las *guidelines* de la *IFIA*.

¹³⁹ *Vid.* F. De Ly, “Uniform Commercial Law and International Self-regulation”, *Dir. com. int.*, 1997, pp. 519-147.

¹⁴⁰ Frente a la estandarización horizontal, referida a todo tipo de contrato internacional (*v. gr.*, la propia de los INCOTERM, para la compraventa): *vid.* C.M. Schmitthoff, “The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, *L’unification du droit. Unification of Law, Annuaire UNIDROIT 1967-1968- Yearbook 1967-1968*, t. II, Roma, UNIDROIT, 1969, pp. 93-117 *loc. cit.*, p. 97.

¹⁴¹ Que no es otra que racionalizar las operaciones comerciales por parte del empresario, que reduciría sus costes de negociación, abaratando con ello los costos de su prestación y ofreciéndola, por consiguiente, a un mejor precio y con mayores garantías: *vid.* L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas”, L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas/Fundación BBV, 1996, pp. 29-43, esp. p. 29. Concretamente, los efectos racionalizadores de las condiciones se sintetizan en que (1) reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; (2) favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; (3) facilitan la coordinación entre tales miembros; y (4) hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la

proporcionar una regulación diferente a la contenida en un ordenamiento estatal que pueda carecer de respuestas adecuadas para la relación cuando tiene carácter internacional, sino que pretenden remediar la absoluta carencia de regulación, imprimiendo la necesaria seguridad jurídica al contrato. Debe tenerse presente que en las relaciones actuales del comercio internacional resulta incompatible con una mínima racionalización de las actividades de sociedades exigir que desarrollen una negociación particularizada de cada uno de los contratos que celebren; y las sociedades certificadoras no constituyen una excepción. La contratación en masa obliga a asumir cierta uniformización, abstracción y despersonalización contractual, para dotar de la debida eficiencia económica a las relaciones con los clientes¹⁴², y el establecimiento de normas materiales (aunque sean de carácter privado) procura una delimitación precisa de las obligaciones y los derechos de los contratantes, que resulta beneficiosa para ambas partes. Además, estas condiciones son periódicamente revisadas, con lo que se adaptan a los cambios en las circunstancias¹⁴³.

En este sentido, la *lex mercatoria* desempeña una función conformadora del Derecho material uniforme, aquí bajo la forma de condiciones generales que se articulan para un determinado contrato internacional, donde la inexistencia de normas materiales internacionales puede empañar el buen funcionamiento de las relaciones comerciales transnacionales. Las condiciones generales de las sociedades certificadoras, junto con los usos y prácticas del sector, constituirán las normas materiales (cuasi-) uniformes aplicables al contrato internacional de inspección de mercancías¹⁴⁴.

23. Ahora bien: no cabe obviar que existe una diferencia fundamental entre las normas materiales uniformes internacionales (*ad ex.*, las de la CV de 1980) y las normas materiales uniformes privadas extraestatales (las condiciones generales de las sociedades certificadoras), cual es que mientras aquéllas operan al margen de las normas estatales en su ámbito de aplicación, a salvo de la intervención de éstas en la integración de sus lagunas y en su interpretación, así como en la posible aplicación de las normas internacionalmente imperativas (*vid. infra*), éstas, en tanto expresión particular de la autonomía de las voluntades, han de desenvolverse en el marco de la ley aplicable al contrato que regulan¹⁴⁵: los límites de la autonomía de las voluntades vienen siempre marcados por la *lex contractus* (o, en su caso, de otras leyes). De esta manera, al igual que la admisibilidad y licitud de la “cláusula inspección” *final and binding* vendrá determinada por la ley aplicable al contrato de compraventa internacional en el que se inserta¹⁴⁶, la determinación de la eficacia –válida incorporación– y validez sustancial de las condiciones generales de las sociedades certificadoras se determinarán en aplicación de la ley rectora del contrato internacional

empresa. En estos términos los sintetiza J. Alfaro Águila-Real, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 28 (desarrollados en pp. 28-32)

¹⁴² Cf. T.R. Popescu, “Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle «lex mercatoria»”, *New Directions in International Trade Law*, *op. cit.*, pp. 21-49, esp. p. 37.

¹⁴³ Cf. J. Vilus en *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁴ A este respecto, importa advertir que aunque la fuerza jurídica de estas normas dependerá de que se incorporen por las partes en el contrato (*vid.* J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual”, *loc. cit.*, p. 40), no por ello son menos “normas materiales”.

¹⁴⁵ Cf. S. Álvarez González, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 28-29.

¹⁴⁶ Así, del mismo modo que en Derecho inglés (*vid. Tradax International v. Goldsmidt S.A., cit.*) y en Derecho italiano se han afirmado dichas admisibilidad y licitud (*cf.* M. López de Gonzalo, “Accertamento della conformità...”, *loc. cit.*, p. 156), el Derecho español (art. 1255 Cc) no se opondría al reconocimiento de tales efectos vinculantes *inter partes* del certificado de inspección, como señala C.A. Giner Parreño, *op. cit.*, p. 261. Lo mismo cabe indicar, a mi juicio, en caso de que el contrato de compraventa se encuentre regulado por la CV de 1980, en aplicación del ya mencionado art. 6.

de inspección de mercancías¹⁴⁷. Como antes se indicó, es en esta sede en la que los Principios UNIDROIT pueden dotar a los contratos regulados por normas materiales privadas de un tratamiento muy similar al que reciben los contratos regidos por normas materiales internacionales, en la medida en que permiten confinar a las mencionadas funciones supletiva e imperativa a los Derechos estatales. Además, dentro de estas funciones, como se verá, el alcance de dichas normativas estatales también podrá reducirse en aplicación de estos instrumentos transnacionales.

B. Los usos, prácticas y costumbres y los Principios de Derecho contractual en la integración de las normas de la *lex mercatoria*

24. La importancia de los usos, costumbres y prácticas del sector de la inspección y certificación de mercancías se hace patente en el hecho de que las propias condiciones generales de los contratos de inspección se refieran a ellos de forma expresa, en relación con determinados aspectos del cumplimiento de las obligaciones. De esta forma, pasan a constituir parte del contenido contractual por efecto del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes.

Concretamente, es habitual que los usos, prácticas o costumbres integren el contrato, en primer lugar, respecto de la forma en que la sociedad certificadora ha de realizar la inspección de las mercancías en caso de que el principal no haya dado instrucciones precisas al respecto. Así, al efecto pueden hallarse desde referencias genéricas a los usos, prácticas y costumbres¹⁴⁸, o, de forma más concreta, a los usos o estándares del sector¹⁴⁹; hasta remisiones precisas a determinadas guías o normativas estandarizadas establecidas por asociaciones profesionales¹⁵⁰. En segundo término, suelen incluirse en lo que respecta a las conclusiones que dicha sociedad alcance en orden a la emisión del correspondiente certificado¹⁵¹. Además, también puede aparecer expresamente recogida la posibilidad de que los usos sean tomados en consideración cuando demandan que una determinada información o el propio informe o certificado se trasladen a un tercero¹⁵², que es lo que ocurre en los casos en que el certificado se incluye entre los documentos que se establecen en el condicionado de un crédito documentario: aunque el principal sea el comprador, ordenante en el marco de tal operación de pago, el certificado se entrega a un tercero respecto del contrato de inspección, esto es, al beneficiario del crédito (normalmente, el propio vendedor en la compraventa). En todos estos casos, las prácticas, usos y costumbres, que, como antes se indicó, conformarían la *lex mercatoria* propia del sector, junto con las condiciones generales de las sociedades certificadoras, contribuyen a integrar los aspectos que éstas no regulan de forma expresa. Además, pueden desempeñar una función actualizadora en la regulación de determinados aspectos, como es el caso en relación con la forma de realizar la inspección, en la medida en que permiten que la prestación del servicio se efectúe con arreglo a las técnicas y los medios más actuales.

¹⁴⁷ Sin perjuicio de la eventual intervención de otras leyes. *Vid.*, de nuevo, S. Álvarez González, *op. cit.* pp. 28 y ss.; y, en idéntico sentido, *vid.* J. Vilus, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, pp. 28 y 31).

¹⁴⁸ *Vid.* la CG 5.1 de *Bureau Veritas*; la CG 5.1 de *Bureau Veritas español*; la CG 4.3 de *OMIC*; la CG 2 a) (2) de *SGS*; la CG 4.3 de *Cotecna*.

¹⁴⁹ *Industry Standards*, en CG 2 de *NMCI Group*.

¹⁵⁰ Así, la 1.5 de *Certispec* incorpora, a efectos de la forma en que va a desarrollarse la inspección del petróleo por esta empresa, la *International Safety Guide for Oil Tankers and Terminals*, 3ª ed., 1990.

¹⁵¹ *Vid.* la CG 4.2 *in fine* de *Bureau Veritas*.

¹⁵² *Vid.* la CG 16.3 de *OMIC*. Quizás quepa considerar que nada cambia añadir de forma expresa esta posibilidad, puesto que el hecho de que los usos, costumbres y prácticas del sector comercial estén integrados genéricamente en la forma en que ha de desarrollar las actividades a que se obliga la inspectora [CG 2 a) (2) de *SGS*; CG 4.3 de *Cotecna*] ya permitiría afirmar –al menos, en ausencia de instrucciones expresas por el principal– la posibilidad de efectuar el traslado de información o de la certificación.

25. Sin embargo, la penetración en el contrato de inspección de los usos que desempeñan una función eminentemente ordenadora, esto es, la de los usos “objetivamente aplicables” al margen de la autonomía de la voluntad de los contratantes, sólo puede tener lugar a través de lo dispuesto en la ley aplicable al contrato (o a alguna parte del mismo). La inexistencia de una norma que disponga la aplicabilidad “objetiva” de determinados usos, con base en una ficticia voluntad tácita de las partes, como la presente en la Convención de Viena de 1980 (me refiero al art. 9.2), impide que tales usos sean integrados en el contrato de inspección, si no es porque así lo dispone la *lex contractus*, u otra ley aplicable, como ocurre en relación con la *lex loci executionis* (*vid. infra*, § 34).

Importa hacer patente, a este respecto, que las referencias que las condiciones generales efectúan a los usos, antes expuestas, no permiten derivar el sometimiento del contrato a la *lex mercatoria* con carácter general, o a instrumentos tales como los Principios UNIDROIT, en particular. El hecho de que, entre las condiciones generales dispuestas por las sociedades certificadoras suela hallarse una cláusula de elección de ley estatal como tal *lex contractus* lo corroboraría¹⁵³. De este modo, a tenor de lo previsto en las condiciones generales, en la actualidad no cabe entender aplicables a los contratos internacionales de inspección los Principios UNIDROIT, que sí dispondrían la aplicabilidad al contrato de esos usos “objetivamente aplicables”, salvo que su aplicación, en el caso en concreto, resulte irrazonable (art. 1.9)¹⁵⁴.

26. Si las partes acordasen de forma expresa la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT al contrato de inspección, no sólo se integrarían los “usos objetivos” con carácter general, sino que, además, determinadas cuestiones no reguladas por las condiciones generales de las sociedades certificadoras serían también objeto de tratamiento por normas materiales especiales (las de los propios Principios), limitando con ello la intervención de normas estatales y dotando de una mejor regulación a la situación transnacional, en ocasiones precisamente por mor de la toma en consideración de dichos “usos objetivos”. En aras de una mejor sistematización, se analizará este empleo en el marco de la intervención de las normas estatales, a la que se hace referencia a continuación.

IV. Alcance de la *lex mercatoria*: intervención de las normas estatales

1. Función supletiva del Derecho estatal

A. Integración de las lagunas *intra legem*

¹⁵³ La CG 12 de *Bureau Veritas* declara aplicable la ley francesa; y la CG 12 de *Bureau Veritas española*, la ley española; la CG 9 de *Caleb Brett* establece que todo tipo de demanda que pueda presentarse frente a ella –directa o indirectamente, en materia contractual o extracontractual– se regirá por el Derecho marítimo de los Estados Unidos, con exclusión de sus normas de DIPr; la CG 20 de *Cotecna* designa como ley aplicable la ley suiza, como también la CG 8 de *SGS*; la CG 19 de *OMIC* declara aplicable la ley japonesa; *Inspectorate*, en su CG 10 dispone la aplicación de las leyes de Texas, al igual que la CG 10 de *Saybolt*.

¹⁵⁴ *Vid.* al respecto el Comentario que acompaña al art. 1.9 en *UNIDROIT Principles...*, *op. cit.*, p. 26. Obsérvese que el ejemplo que acompaña a dicho Comentario en relación con la posible irracionalidad de la aplicación del uso objetivo, se refiere, precisamente, a la posibilidad de que exista un uso en el sector comercial conforme al cual el comprador sólo pueda denunciar defectos en las mercancías si éstas se encuentran debidamente certificadas por una sociedad inspectora con reconocimiento internacional. Así, indica que no resulta razonable tener en cuenta ese uso si el comprador acepta los bienes en el puerto de destino, donde se encuentra en huelga la única sociedad inspectora internacionalmente reconocida, y si es excesivamente costoso llamar a otra sociedad, presente en el puerto más cercano. En tal caso, añade, el comprador podrá denunciar la falta de conformidad de los bienes aunque éstos no hayan sido inspeccionados, y los defectos no hayan sido, en consecuencia, certificados.

27. El Derecho uniforme –internacional convencional o transnacional privado– presenta lógicas limitaciones que la *lex mercatoria* no es capaz de superar, y respecto de las cuales han de intervenir necesariamente los Derechos estatales. De hecho, la aplicación más importante –al menos en términos cuantitativos– de las normas estatales tiene lugar en lo que respecta a la integración de las lagunas que presentan las normas materiales, ya sean de fuente convencional, ya privadas, entendiendo el término “laguna” en un sentido amplio. En realidad, las lagunas *intra legem*, como se ha indicado, no son sino “falsas lagunas”, pues se refieren a aspectos no regulados por las normas materiales, porque quedan fuera del ámbito de aplicación de éstas (*vid. infra*, en relación con las “verdaderas lagunas”, o lagunas *praeter legem*). Dichas lagunas existen necesariamente porque ninguna normativa puede mantener con seriedad la pretensión de ofrecer una respuesta jurídica completa al conjunto de una relación; siempre hay aspectos sobre los que los negociadores convencionales no alcanzan un acuerdo, o aspectos que, de entrada, éstos o los operadores del tráfico, en su faceta normativa, renuncian a regular. Ello comporta un inevitable fraccionamiento del régimen jurídico de la relación: determinadas cuestiones estarán sujetas a las normas materiales uniformes, y otras, al Derecho estatal o a los Derechos estatales cuya aplicación reclamen las normas de conflicto¹⁵⁵.

En esta cuestión, una diferencia (quizás la principal) que se advierte entre el tratamiento de las relaciones reguladas por normas uniformes internacionales (compraventa) y el propio de las relaciones regidas por normas uniformes transnacionales (contrato de inspección) es que éstas suelen adolecer de disposiciones que procuran delimitar de forma precisa las cuestiones reguladas y las cuestiones cuya regulación se deja a los Derechos estatales. En las condiciones generales de las sociedades certificadoras no van a hallarse preceptos como el artículo 4 de la CV de 1980, que advierte de que ésta “regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato”, y añade una serie de materias que, en consecuencia, están excluidas de su regulación; o como el artículo 5, que indica que la Convención tampoco “se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías”. Lo más similar que se encuentra en alguno de los clausulados de las sociedades inspectoras es una posible excepción a la aplicabilidad de las condiciones generales a través de una referencia a las leyes del lugar donde se celebra el contrato y del lugar donde tiene que ser ejecutado, o una excepción a favor de las normas imperativas de la ley local, otorgando prioridad a dichas normas frente a lo dispuesto en las propias condiciones generales. Sobre estas remisiones, por su vinculación con las normas imperativas se volverá *infra* (§ 34); baste ahora advertir que con ellas las sociedades certificadoras no pretenden excluir a partes concretas del contrato de su regulación por las condiciones generales –o por la *lex contractus*–, sino que sencillamente advertirían de la posibilidad de que se apliquen normas de terceros Estados, incluso *contra legem*, a una cuestión fundamental en el cumplimiento de las obligaciones, cual es su forma de ejecución. No se trataría de un supuesto de *dépeçage*, siquiera necesario, como el que deriva de la regulación de la CV de 1980, sino de aplicación cumulativa de las normas materiales transnacionales –las condiciones generales– y las normas estatales referidas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Como resultado inherente a la aplicación del método conflictual, como señala P. Lagarde “Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975, pp. 649-677, esp. pp. 649-650.

¹⁵⁶ Como indica P. Lagarde, en “Le «dépeçage» dans le droit international privé...”, *loc. cit.*, p. 632, “Il est assez rare d’observer dans les contrats internationaux un dépeçage complet du contrat (...) Bien au contraire, c’est plutôt la clause inverse, prévoyant l’application cumulative de plusieurs lois, que l’on relève dans certains contrats, comme si les parties, conscientes de ne pouvoir empêcher l’application en cas de litige des règles impératives d’une loi à laquelle elles n’auraient pas songé, en acceptaient par avance le risque, tout en s’efforçant d’en limiter les conséquences”. Al respecto, *vid.* también A.L. Calvo Caravaca, “La Ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho*

La mencionada particularidad de las disposiciones convencionales, esto es, el hecho de que éstas puedan contar con una delimitación más o menos precisa de las materias en las que existen lagunas *intra legem* no carece de relevancia, desde el momento en que los propios términos de la disposición que contiene la delimitación del alcance de las normas convencionales ha de ser interpretada, como éstas mismas, internacional y uniformemente (ex art. 7 de la CV de 1980, como enseguida se pondrá de relieve).

28. Por otra parte, a la hora de delimitar el Derecho aplicable a las lagunas *intra legem*, las normas convencionales no pueden sino efectuar una remisión genérica a las “normas de DIPr”; pero en ello no cabe ver una peculiaridad sustancial de algunas normas materiales extraestatales, como las condiciones generales de las sociedades inspectoras, cuando incluyen cláusulas de designación de la *lex contractus*¹⁵⁷. En primer lugar, porque aunque el contrato se regule a través de normas materiales convencionales, nada impide a las partes que designen el ordenamiento jurídico conforme al cual colmar dichas falsas lagunas; no en vano, las normas de conflicto, que ampararán la elección de ley, no varían en función del tipo de contrato internacional del que se trate¹⁵⁸. Cabe la posibilidad, ciertamente, de que un contrato de compraventa sujeto a la CV de 1980 contenga una cláusula de elección de ley estatal, que servirá a la integración de las lagunas que presenten las normas materiales de dicha Convención¹⁵⁹, del mismo modo que lo hará la ley estatal aplicable en virtud de la *electio iuris* habitual en los contratos internacionales de inspección de mercancías. Pero, además, en segundo término, aunque exista una previsión expresa en el contrato sobre cuál haya de ser la *lex contractus*, ésta tampoco regulará todas las “falsas” lagunas que presenten las normas materiales uniformes. La capacidad de los contratantes por ejemplo, se someterá en ambos casos a las normas estatales aplicables a tenor de lo que dispongan las normas de DIPr, aunque las normas materiales privadas, esto es, las condiciones generales que regulan los contratos de inspección, no lo dispongan de forma expresa¹⁶⁰.

29. Una última cuestión en la que importa detenerse es la relativa a la función que pueden desempeñar los Principios UNIDROIT desplazando a los Derechos estatales en la integración de estas lagunas en relación con los contratos que no se sujetan, como es el caso de los contratos de inspección, a una normativa internacional uniforme. Antes ya se puso de relieve que la inclusión de estos Principios en un contrato de inspección puede comportar una mejora sustancial de la ordenación del aspecto no regulado por las condiciones generales de las sociedades certificadoras.

Ocurre, por ejemplo, con la formación del contrato de inspección. Las condiciones generales no contienen normas sobre su propia inclusión en el contrato, aunque al respecto se sostiene, como particularidad de estos contratos, que tales condiciones vinculan a las partes, salvo que sean excluidas de forma expresa, porque habrían

de los Negocios, núm. 43, abril 1994, pp. 1-19, esp. p. 10; y M. Virgós Soriano, “Obligaciones contractuales”, *loc. cit.*, p. 180.

¹⁵⁷ Como antes se indicó, resulta más que habitual que, entre las condiciones generales de las sociedades certificadoras, se incluya una cláusula de *electio iuris*, a favor de un Derecho estatal – normalmente el del Estado donde se encuentra el establecimiento principal de la sociedad filial de la certificadora con la cual se celebra el contrato–: *vid. supra*, nota 153.

¹⁵⁸ Tanto la compraventa como el contrato de inspección se someten, en lo que a la determinación de la *lex contractus* se refiere, al CR de 1980 (*cit.*); y éste, como es de todos sabido, establece en su art. 3 el principio de autonomía conflictual como modo fundamental para la designación de dicha *lex contractus*.

¹⁵⁹ De hecho, así ocurrirá siempre que la aplicación de la CV de 1980 se opere a través de lo dispuesto en su art. 1.b), y la *lex contractus* se haya determinado en aplicación del art. 3 del CR de 1980.

¹⁶⁰ La referencia a ambas cuestiones se hallaría implícita en el art. 4 de la CV de 1980, cuando dispone que ésta “no concierne, en particular: a) a la validez del contrato, ni a ninguna de sus estipulaciones”: *vid. al respecto* L. Rojo Ajuria, “Artículo 4”, *loc. cit.*, p. 75.

pasado a formar parte de los usos del sector, de forma tal que sólo será precisa una declaración expresa de las partes en los casos en que se desea descartar su aplicación¹⁶¹. Pero la posibilidad de tal incorporación implícita, si no resultan de aplicación los Principios, estará sujeta a lo que determine la *lex contractus* y ésta, como sería el caso de la ley española, podría negar toda forma de incorporación de las condiciones que no sea la establecida por la propia ley¹⁶². No resulta posible, en este sentido, entender que las condiciones generales de las sociedades se incorporan en calidad de usos si la ley española es la ley rectora del contrato de inspección, toda vez que ésta se declara expresamente aplicable a los contratos entre comerciantes¹⁶³; y tampoco es factible salvar el problema interpretando que en realidad, las condiciones generales que son parte de los usos del comercio internacional han de ser excluidas de la ley española¹⁶⁴. Sin embargo, la aplicación de los Principios sí permitiría entender que las condiciones generales se incorporan implícitamente al contrato, si tal incorporación representa un uso difundido y regularmente observado por las partes en el sector económico concernido (art. 2.19). La aplicación de este instrumento de *lex mercatoria* puede salvar, de esta manera, una aplicación de la ley estatal que resulta

¹⁶¹ Cf. J. Vilus, *Quality and Quantity...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶² En efecto, la aplicación del Derecho español al contrato comportaría la aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, 14-IV-1998, en lo sucesivo LCGC), que dispone en sus arts. 5 y 7 los requisitos de información, conocimiento y aceptación por el adherente precisos para entender incorporadas al contrato dichas condiciones: *vid.* una visión sintética en M.I. Feliú Rey, "Artículo 5º", I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coords.), (*Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 54-62; y más extensamente, I. González Pacanowska, "Artículo 5º", R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 139-192.

¹⁶³ De forma que no cabe considerar que las condiciones de incorporación de las condiciones generales deban ser desplazadas cuando nos hallamos ante tales contratantes: *cf.* I. González Pacanowska, "Artículo 5º", *loc. cit.*, pp. 145-146, y pp. 150 y 151: "Se trataría de impedir cualquier consideración de las CGC empleadas por un «profesional» como «uso», ni siquiera interpretativo, aunque pudiera probarse el carácter habitual de su inserción en los contratos del ramo de que se trate o el conocimiento de esta práctica por el aceptante-adherente: no sería suficiente para estimar que se ha integrado en el contenido contractual, cuando en el caso no se han cumplido las cargas que al predisponente le impone el artículo 5º".

¹⁶⁴ Conforme a una interpretación flexible de lo dispuesto en su art. 4.2, como la que propone M.V. Cuartero Rubio en "Artículo 4.2", R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 129-138, esp. p. 138. Los argumentos que se esgrimen para mantener tal interpretación –que permita excepcionar la aplicación de la LCGC cuando las condiciones generales constituyan un uso del comercio–, parten de admitir que la disposición excluye expresamente del ámbito de aplicación de la LCGC sólo las condiciones generales que incorporan una norma jurídica, esto es, las que reflejen las disposiciones o principios de Convenios internacionales en los que España sea parte. Ello, es claro, no abarcaría los usos y costumbres del comercio internacional no positivados. Pero a continuación evidencia que para extender la excepción a las condiciones generales que constituyen usos, bastaría con atender al origen común de tales condiciones y las condiciones generales o los principios por los que éstas se rijan contenidos en Convenios de los que pueda ser parte España. Ese origen común es el que permitiría presumir que son justas y razonables, pues se van imponiendo por el uso habitual y generalizado: *cf. ibidem.*, p. 137. La fuerza del argumento es clara; aunque quizás pueda verse disminuida por el hecho de que el art. 4.2 de la LCGC no sólo parte de la posibilidad de deducir que las condiciones generales dispuestas en tales Convenios y principios (como en las disposiciones legales o reglamentarias) no contendrán cláusulas abusivas (*vid.* R. Arenas García, "Artículo 4º", I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 46-53, esp. p. 47); también se debe a la intención del legislador de respetar los compromisos internacionales asumidos por el Estado (*ibidem.*, p. 47). En este sentido, la *ratio* de la norma no respondería a los supuestos en los que las condiciones generales puedan ser consideradas usos del comercio internacional. Si a ello se añade que, como antes se indicó, la norma española no deja lugar a dudas sobre su voluntad de aplicación a las condiciones generales entre adherentes-empresarios, la única puerta que quedaría abierta a tal interpretación sería admitir que la LCGC, en principio, estaría pensando únicamente en condiciones generales contenidas en contratos meramente internos (y en comerciantes –y usos– españoles). Pero tal lectura no concuerda con la existencia, dentro de la LCGC, del art. 3, que extendería la aplicación de las propias normas de la LCGC a contratos internacionales, estén regidos por la ley española o por un Derecho extranjero (*vid.* B. Vilà Costa, "Artículo 3º", I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coords.), *Comentario a la Ley sobre condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 37-46, p. 38) cuando tengan una determinada vinculación con el Estado español.

claramente contraria al sentido que adopta la respuesta a la inclusión tácita de las condiciones generales en otras transacciones comerciales internacionales, que tienen una respuesta específicamente elaborada al efecto. No se entiende que la inclusión tácita de las condiciones generales en los contratos de compraventa internacionales se considere adecuada en atención a que, en su internacionalidad, han de sujetarse a los “usos objetivos”¹⁶⁵, pero los contratos de inspección hayan de sujetarse a condiciones más estrictas. La ausencia de normativa específica para éstos, en consecuencia, podrá comportar la aplicación de leyes estatales que no se adecuan eficazmente a la internacional del contrato, por más que la tengan en cuenta. Es por ello por lo que la incorporación de los Principios UNIDROIT lograría, al menos en las cuestiones que éstos regulen, dotarlos de una regulación más satisfactoria.

B. Interpretación de las normas materiales e integración de las lagunas *praeter legem*

30. Si existe una diferencia de entidad entre el modo en que intervienen las normas estatales en el marco de una relación regulada por normas materiales convencionales (la conformidad de las mercancías, en el marco de la CV de 1980) y la forma en que lo hacen cuando la relación se rige por determinadas normas materiales pertenecientes a la *lex mercatoria* (los contratos de inspección, a través de condiciones generales), dicha diferencia radica en la obligación de contención que aquéllas suelen disponer a la hora de dar aplicación al Derecho estatal, tanto en la interpretación de dichas normas, cuanto en la integración de las lagunas que puedan presentar.

Como ya se ha advertido (§§ 14-16), la CV de 1980, en su artículo 7.1, dispone una interpretación internacional y uniforme de las normas convencionales, que además tenga en cuenta la necesidad de observar la buena fe en el comercio internacional; y en el artículo 7.2 reconoce la necesidad de que intervengan las normas estatales en las cuestiones que sí regula, aunque no de forma expresa (lagunas *praeter legem*), si bien, respecto de éstas, supedita la intervención de las disposiciones conflictuales al hecho de que las lagunas no puedan ser resueltas a través de los medios específicamente dispuestos en la Convención, entre los que se encuentran, además de la analogía, los “principios generales” que se extraen de la propia Convención. Ello comportará, a su vez, recuérdese, una interpretación contenida o restrictiva del alcance de las exclusiones. Así, por ejemplo, la interpretación uniforme de qué vicios del consentimiento están regulados por las normas nacionales en aplicación del art. 4. a) exige que no se consideren como tales los referentes al error en las mercancías entregadas: semejante error también ha de considerarse falta de conformidad. En consecuencia, no puede considerarse “cuestión de validez” a los efectos de acudir a las acciones dispuestas en los ordenamientos internos para la anulación del contrato; únicamente será posible el recurso a los

¹⁶⁵ Según lo expuesto *supra*, § 12, a través de lo dispuesto en el art. 9.2 de la CV de 1980, puede considerarse que los contratantes en una compraventa sujeta a la Convención han incorporado las condiciones generales al contrato, si se prueba que ambas conocían o tenían que haber conocido de la existencia del uso y que éste es ampliamente conocido en el ámbito del comercio internacional y regularmente observado por las partes en los contratos de este tipo, en el sector comercial en concreto; obsérvese que el propio precepto habilita a la consideración de tal efecto en relación con la formación del contrato, cuando indica que “*salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*” (el énfasis es mío). Cuestión distinta es que la CV de 1980 excluya de forma expresa de su ámbito de aplicación –deje a las legislaciones nacionales– la regulación de la validez de las cláusulas contractuales (art. 4.a: *vid.* L. Rojo Ajuria, L. Díez Picazo (Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías...*, *op. cit.*, pp. 72-87, esp. 84): la cuestión del control de la validez de las condiciones generales, en tanto cláusulas contractuales (*Inhaltskontrolle*) es distinta, si se quiere “posterior”, a la de su válida inclusión en el contrato (*Abschlusskontrolle*): *cf.* S. Álvarez González, *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 30-33.

remedios dispuestos para la falta de conformidad en la propia Convención¹⁶⁶. Semejante “interpretación contenida”, sin embargo, no se hallará en el marco de la concreción de las cuestiones reguladas por las condiciones generales de las sociedades certificadoras, de forma tal que las normas estatales verán aumentadas sus posibilidades de aplicación también en atención a la calificación estatal que el operador jurídico en concreto pueda realizar en relación con las cuestiones reguladas o excluidas¹⁶⁷.

31. En este marco, en la misma línea de lo que se viene exponiendo, el sometimiento del contrato de inspección a los Principios UNIDROIT también comportaría una limitación de la intervención de las normas estatales, al disponer, al margen de una interpretación uniforme e internacional de los propios Principios en su artículo 1.6, todo un catálogo de reglas sobre la interpretación de los términos contractuales (art. 4), entre las que se hallan normas específicas para la interpretación de condiciones generales (art. 4.6)¹⁶⁸.

2. Intervención de las normas imperativas

32. Es de todos sabido que las normas materiales uniformes de fuente internacional o de fuente privada no sólo han de convivir con las leyes estatales cuando éstas han de regular cuestiones que aquéllas no abarcan o cuando resulta ineludible su aplicación en orden a interpretar los términos de las mencionadas normas (internacionales o pertenecientes a la *lex mercatoria*); que también van a ver limitado su alcance a través de la aplicación de las disposiciones materiales estatales que tengan carácter imperativo¹⁶⁹. Sin pretensión de exhaustividad en lo que respecta a la intervención de tales normas en las materias que nos ocupan (conformidad de las mercancías en la compraventa internacional y contrato internacional de inspección de mercancías), materias, como se ha visto, reguladas fundamentalmente a través de

¹⁶⁶ Vid. A.M. Morales Moreno, “Artículo 35”, *loc. cit.*, pp. 239-240, y referencias ahí contenidas.

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, una cláusula que habitualmente se halla en las condiciones generales de las sociedades certificadoras es la relativa a la limitación de la responsabilidad de las sociedades certificadoras. En la mayor parte de dichas condiciones se especifica que tal limitación se aplicará cualquiera que sea la causa (cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones) y la naturaleza de la responsabilidad (contractual o extracontractual). Así, *v.gr.* las *Terms and conditions* de *Camin Cargo Control* establecen que “*the total liability of Camin Cargo Control, Inc., its officers, employees, agents or sub-contractors for any loss or damage arising from performance or non-performance of work, whether by breach of contract, negligence or otherwise shall be limited to the total amount paid or payable by the client for such work*”, y la CG 8 de *Bureau Veritas española* dispone que “*la obligación de BVE ante el prescriptor, en razón de los daños, pérdidas y gastos y cualquiera otros perjuicios sufridos y a cuyo título se viera comprometida su responsabilidad, no podrá, sean cuales sean las circunstancias, la naturaleza y la importancia de tales perjuicios, exceder en ningún caso de una suma total igual a cinco veces el importe de los honorarios o de la remuneración correspondientes a la intervención que hubiera comprometido la responsabilidad de BVE*”. Vid., con idéntica mención expresa a la limitación de la responsabilidad de la certificadora por los daños que cause, cualquiera que sea su naturaleza, la CG 5 de *Saybolt*, la CG 11.1 de *OMIC*, la CG 1 de *Inspectorate*, y la CG 2 de *Intertek*. El hecho de que no se realice expresamente una referencia a ambos tipos de responsabilidad (como ocurre en la CG 4 de *NMCI Group*, en la CG 5 de *Amspec* o en la CG 1.1 de *Certispec Services Inc.*) puede comportar que la aplicación de dicha cláusula de limitación de la responsabilidad dependa de que el supuesto de responsabilidad se califique como contractual de conformidad con el Derecho aplicable, toda vez que podría entenderse que la responsabilidad extracontractual no se regula por las condiciones generales del contrato de inspección. Semejante interpretación podría venir avalada por la aplicación de la regla *contra proferentem*, conforme a la cual la indeterminación en los términos de las condiciones generales ha de interpretarse en contra del predisponente de dichas condiciones, esto es, de la sociedad certificadora; pero la aplicación de esta norma, claro está, dependerá de que exista en la *lex contractus*.

¹⁶⁸ El art. 4.6 de los Principios establecería la *contra proferentem rule* a la que se hizo referencia en la nota anterior.

¹⁶⁹ Vid. J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual”, *loc. cit.*, pp. 43-45.

normas materiales uniformes (de fuente internacional y de fuente privada respectivamente), a continuación se expondrán sendos ejemplos de tal incidencia.

33. Por lo que respecta al tratamiento de la falta de conformidad de las mercancías, una importante cuestión es la relativa a la intervención de las normas públicas que pueden afectar a la comerciabilidad de las mercancías. Las exigencias técnicas que dichas normas imponen a determinadas mercancías por razones de interés público, esto es, para la preservación de la salud pública, la seguridad alimentaria o la protección de los consumidores, pueden comportar la obligatoriedad de someter a algunas mercancías a inspecciones por parte de las autoridades públicas¹⁷⁰ o de determinadas sociedades inspectoras que han de comprobar que las mercancías se adecuan a un determinado estándar comercial o industrial o sanitario-farmacéutico, etc. Y también puede ocurrir que dichas exigencias difieran de un Estado a otro, en ocasiones de forma importante, de manera que los bienes fabricados o comercializados en un lugar con arreglo a las normas técnicas o de seguridad o salud públicas no atiendan a las correspondientes normas en vigor en otro¹⁷¹. Pero ¿pueden estas normas públicas en materia de comerciabilidad alterar la consideración como conformes de las mercancías entregadas por el vendedor?; ¿cabe la posibilidad de que éstas resulten conformes según lo dispuesto en el artículo 35.1 de la CV de 1980 (*i.e.*, a tenor de las características especificadas en el contrato) o de conformidad con las condiciones tácitas a que hace referencia el artículo 35.2 de dicho texto, pero no se tengan por conformes en atención a los requisitos de comerciabilidad que imponen las normas públicas? De afirmar tal posibilidad, ¿qué normas públicas condicionan la conformidad: las del Estado del comprador, las del Estado del vendedor, o ambas?

La CV de 1980 no prevé expresamente el desplazamiento, en el sentido expuesto, de las normas reguladoras de la conformidad de las mercancías; pero al respecto se ha sentado jurisprudencialmente una regla, a modo de disposición conflictual, a través de un proceso de intensa remisión a las resoluciones de otros Estados, y en especial a la Sent. del Tribunal Supremo austríaco de 13 de abril de 2000¹⁷². En virtud de dicha regla, en la conformidad de las mercancías no inciden las normas públicas del Estado del comprador, pero los requisitos de comerciabilidad vienen fijados por las normas públicas del Estado del vendedor, y, por ende, condicionan la conformidad de las mercancías. La regla únicamente quiebra en tres supuestos, en los que sí cabe exigir el cumplimiento de las normas públicas del Estado del comprador, claramente enunciados en la Sent. del *OLG Frankfurt am Main* de 20 de abril de 1994, y confirmados por Sent. del *BGH* alemán de 30 de marzo de 1995, en el famoso Asunto

¹⁷⁰ Por ejemplo, en España, ciertos productos destinados a uso y consumo humano que proceden de Estados no parte de la UE pueden pasar por un triple control por parte de las autoridades españolas competentes. De esta forma, se realiza en todo caso un control documental –de los certificados o documentos sanitarios que acompañan al producto y que han sido emitidos por las autoridades del Estado de origen–; y, además, eventualmente pueden desplegarse controles sobre la identidad de los productos –*i.e.*, de la concordancia de éstos con los certificados, a la luz de una inspección ocular– y sobre su calidad, propiedades o composición –toma de muestras y análisis en el laboratorio–. *Vid.* Orden de 20 de enero de 1994, del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre modalidades de control sanitario a productos de comercio exterior destinados a uso y consumo humano y los recintos aduaneros habilitados para su realización, *BOE* núm. 30, 4-II-1994, corr. err. *ibid.*, núm. 55, 5-III-1994. Para más información sobre sanidad exterior, puede consultarse el sitio *web* del Ministerio de Sanidad y Consumo, y, en concreto, la página www.msc.es/disenio/informacionprofesional/profesional_sanidad_exterior.htm (a la que se accedió por última vez el 7 de diciembre de 2005).

¹⁷¹ *Vid.* D. Mainguy, “Les opérations commerciales du commerce international”, *Droit du commerce international*, París, Litec, 2005, pp. 395-483, esp. p. 417.

¹⁷² *Vid.* *UNILEX*. En este Asunto, las mercancías objeto de la compraventa entre un vendedor alemán y un comprador austríaco eran máquinas de segunda mano. El comprador se niega a pagar parte del precio acordado con base en la falta de adecuación de dichas máquinas a las normas dispuestas por una Directiva comunitaria. El Tribunal, sin embargo, estima que los bienes entregados eran conformes al contrato, porque el vendedor no ha de observar los requisitos dispuestos en las normas públicas del Estado del comprador.

“Mejillones de Nueva Zelanda”¹⁷³. En primer lugar, cuando dichas normas públicas resultan coincidentes para ambos Estados; aspecto respecto del cual pueden incidir el carácter comunitario de las normas públicas, en la medida en que el comprador y el vendedor tengan sus establecimientos en diferentes Estados de la UE¹⁷⁴. En segundo lugar, si el comprador ha llamado la atención del vendedor acerca de su existencia: en este supuesto, las normas del Estado del comprador formarán parte del contenido contractual determinante de la conformidad de las mercancías (ex art. 35.1 de la CV de 1980)¹⁷⁵. En tercer y último lugar, cuando el vendedor conocía o hubiera debido conocer esas normas, a tenor de las especiales circunstancias, es decir, teniendo en cuenta que el vendedor tiene también un establecimiento en el Estado del comprador; o que las partes tienen una relación continuada; o que el vendedor exporta regularmente al Estado del comprador; o que el vendedor anuncia sus productos en el Estado del comprador¹⁷⁶.

La conformación de la mencionada regla por parte de la jurisprudencia de los Estados contratantes obstaculiza, a mi entender, la toma en consideración de las normas públicas de cualquier otra ley (incluso de la *lex fori*), en lo que a las relaciones *inter partes* se refiere. Puede ocurrir, ciertamente, que las mercancías entregadas no

¹⁷³ *Vid.*, para todas las resoluciones, también *UNILEX*. Las mercancías, en este Asunto, eran mejillones neozelandeses que contenían una cantidad de cadmio superior a la aconsejada por las autoridades sanitarias alemanas. El *OLG* primero, y el *BGH* confirmando su decisión, hacen patente el carácter no vinculante de la recomendación de estas autoridades y señala que la conformidad de las mercancías no depende de que se ajusten a las normas de Derecho público de todos los Estados a los que se exporten. Así, ante la inexistencia de un acuerdo expreso sobre el máximo de cadmio admitido y teniendo en cuenta que los mejillones se ajustarían a los fines para los que se emplean bienes de su misma clase, los órganos jurisdiccionales alemanes rechazaron la solicitud del demandante de resolver el contrato por falta de conformidad de las mercancías

¹⁷⁴ Así se puso de relieve en la *Sent.* del *OLG Frankfurt am Main* de 29 de enero de 2004, confirmada por *Sent.* del *BGH* de 2 de marzo de 2003 (*UNILEX*). *In casu*, la mercancía no conforme era carne de cerdo, sobre la que recaía la sospecha de estar contaminada con dioxinas. Los órganos jurisdiccionales alemanes entendieron que, aunque el vendedor (belga) no estaba en principio obligado a conocer los requisitos de comerciabilidad del Estado del comprador (alemán), las normas de comerciabilidad en realidad se habían dispuesto a nivel europeo. En este Asunto, el *BGH* también hace referencia a la *Sent.* del *OGH* de Austria de 2 de febrero de 2003.

¹⁷⁵ Así deriva tanto de las resoluciones alemanas anteriormente citadas como, en este mismo sentido, de la Sentencia del *US District Court E.D.* de Lousiana de 17 de mayo de 1999 –con referencia expresa a la *Sent.* del *BGH* de 8 de marzo de 1995 y a la *Sent.* del *OGH* de Austria de 1995– (*UNILEX*). En la jurisprudencia española, siguen esta interpretación la *Sent.* de la AP de Granada de 2 de marzo de 2000 (*Westlaw Aranzadi*, AC 2000/3807) y la *Sent.* de la AP de Pontevedra de 3 de octubre de 2002 (*Westlaw Aranzadi*, AC 2002/1851). En la primera, el tribunal granadino hace patente la imposibilidad de oponer las normas de comercialización de un Estado (Ucrania) frente a la conformidad de mercancías (muslos de pollo para paella congelada, vendidos por la sociedad española *Granavi*, SA a la estadounidense *L&M International*), porque no se advirtió expresamente de la necesidad de la adaptación de éstas a unas determinadas condiciones. De este modo, las mercancías se presumieron conformes a los usos ordinarios. *Vid.*, en relación con la deficiente aplicación de la Convención de Viena al litigio, las Observaciones a esta resolución de R. Rueda Valdivia, en *AEDIPr*, t. 2, 2002, pp. 369-371. La *Sent.* de la AP de Pontevedra. En el litigio que resuelve la *Sent.* de la AP de Pontevedra, la vendedora (*Ibérica de Congelados, S.A.*) y la compradora (*Jasbseh Trading East*, jordana) acordaron que la conformidad de las mercancías –pescado congelado– se supeditaría al resultado de la inspección por parte de las autoridades jordanas. Éstas detectaron 6 parásitos en los 4 kilogramos de pescado analizados, de forma que entendieron que el producto no era apto para el consumo humano. Ante el rechazo de las mercancías por la sociedad jordana –justificado y con base en lo dispuesto en el contrato–, la española las vendió en Estonia –donde los controles sanitarios al parecer eran más laxos–, pero cobró a la compradora inicial, *Jasbseh Trading East*, el transporte de las mercancías –de vuelta– desde Aquaba (Jordania) a Vigo y desde Vigo a Tallin (Estonia), descontando el importe de tal transporte de la devolución de lo pagado por ésta. La AP de Pontevedra, con base en ese sometimiento expreso de la conformidad de la mercancía al resultado de la inspección por las autoridades sanitarias jordanas (F.D. Tercero), rechaza la apelación, planteada por la vendedora, frente a la condena a la devolución de ese dinero descontado.

¹⁷⁶ *Vid.*, en este sentido, la Sentencia de la *Cour d'Appel* de Grenoble (*Ch. Com.*) de 13 de septiembre de 1995 (*UNILEX*), por la que se considera que no cumple las condiciones de conformidad el queso parmesano objeto de la compraventa, al no responder a las normas de envasado del Estado del comprador, esto es, las normas francesas (en concreto, en relación con la fecha de caducidad e ingredientes del producto), que el vendedor, italiano, conocía.

puedan ser comercializadas en el Estado del comprador; pero ello no afectará a su consideración como mercancías conformes a efectos de que dicho comprador pueda ejercitar alguno de los remedios que la CV de 1980 dispone para los casos de falta de conformidad¹⁷⁷.

34. Por su parte, la aplicación de las normas imperativas estatales en la regulación de los contratos de inspección está prevista de forma expresa, a través de una referencia de alcance incierto, o cuando menos en exceso amplia, que algunas de las condiciones generales de las sociedades certificadoras contienen a las leyes del lugar donde se celebra el contrato y del lugar donde tiene que ser ejecutado, otorgando prioridad a dichas normas frente a lo dispuesto en las propias condiciones generales¹⁷⁸; o a través de la excepción que puede hallarse en otros clausulados a favor de las normas imperativas de la ley local¹⁷⁹. De alcance incierto, porque parece descartable, según se indicó, que la intención de las certificadoras sea la de fragmentar, a través de dichas cláusulas, el régimen de la ley aplicable al contrato, esto es, producir en tal régimen un *dépeçage* como reflejo de la autonomía de la voluntad de las partes¹⁸⁰. Todo apunta, más bien, a que esas cláusulas se dirigirían sencillamente a advertir de la posibilidad de que intervengan normas de terceros Estados (distintas a las normas de la *lex contractus*), imponiéndose a lo dispuesto en las propias condiciones generales¹⁸¹. Por ello, serían excesivamente imprecisas: teniendo en cuenta que la aplicación de tales normas internacionalmente imperativas contenidas en normas distintas a la *lex contractus* (de la *lex fori* o de terceros Estados vinculados con el contrato) no queda en manos de las partes, sino que ha de ser efectuada por los tribunales, la advertencia de la posibilidad de que tal intervención se produzca es en cierto modo superflua. En defecto de tal remisión, tal intervención operaría igualmente de la mano de la necesaria toma en consideración de las normas de la *lex loci executionis* (en difícil delimitación respecto de las normas imperativas de terceros Estados) en lo que respecta a la ejecución de las obligaciones, toda vez que una norma que impone una determinada forma de ejecución de las obligaciones, como es la que dispone los días o las horas hábiles, es, a la vez, norma imperativa del Estado de ejecución¹⁸². La falta de precisión, de esta forma, empaña la única función que restaría a estas referencias que nos ocupan, esto es, una función “pedagógica” o

¹⁷⁷ Que es lo que disponen los tribunales, en los asuntos en los que, como en *Mejillones de Nueva Zelanda*, afirmaron la exclusiva aplicabilidad de las normas públicas del Estado del vendedor.

¹⁷⁸ Así, la CG 1 de *Cotecna* reza: “All resulting contracts, agreements or other arrangements will in all respects be governed by these General Conditions, except only to the extent that the law of the place where such arrangements or contracts are made or carried out shall preclude any of the General Conditions and in such case such local law shall prevail wherever, but only to the extent that it is at variance with these General Conditions”; la CG 1 de *Bureau Veritas* (que, obsérvese, no tiene su reflejo en las condiciones generales de *Bureau Veritas* español) establece que “...all contracts, or other agreements entered by Bureau Veritas for the performance or supply of services, shall in all respects be governed by these conditions, except where such conditions are at variance with legal provisions governing services performed on behalf of governments or government bodies, or the law of the place where the said agreements or contracts are made or are to be implemented, in which case relevant national or local laws shall take priority”.

¹⁷⁹ La CG 1 de *SGS*, por su parte, dispone que “Unless otherwise agreed in writing or except where they are at variance with (...) (ii) the mandatory provisions of local law, all offers or services and all resulting contractual relationship(s) between any of the affiliated companies of SGS SA or any of their agents(...) shall be governed by these general conditions of service (...)”.

¹⁸⁰ Recuérdese que, además de las cláusulas anteriormente transcritas, las condiciones generales suelen contar con cláusulas de determinación de la ley rectora del contrato. En relación con el *dépeçage* voluntario, *vid.* J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 36-37.

¹⁸¹ De forma que responderían a lo que se ha dado en calificar “fraccionamiento involuntario” de la ley rectora del contrato o “*dépeçage* como medio de hacer respetar la autoridad de la ley”, y no como modo de atender a la autonomía de la voluntad (*ibidem*, p. 47).

¹⁸² *Vid.*, en el DIPr español, arts. 10.2 y 7.1 del Convenio de Roma de 1980, y, en relación con aquél, M. Virgós Soriano, “Obligaciones contractuales”, J.D. González Campos *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143-207, esp. p. 200.

de recordatorio de la modificación que tales normas imperativas podrían imponer en el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en las condiciones generales.

Un ejemplo jurisprudencial de este desplazamiento de las normas rectoras del contrato por normas del lugar de la ejecución de las obligaciones (en este caso, de la obligación de inspección, en relación con usos locales “imperativos”) lo proporciona el Asunto *Soon Hua Seng Co. Ltd. v. Glencore Grain Ltd.*¹⁸³. En el contrato de inspección cuyo cumplimiento origina el litigio, las partes habían acordado que el examen de las mercancías debía realizarse en el momento de su embarque (como, además, suele ser lo habitual). Sin embargo, el órgano jurisdiccional entendió que la sociedad certificadora no había incumplido sus obligaciones, pese a no haber realizado en ese momento la inspección. En este caso, la geografía del lugar, Bangkok/Kohsichang, impide que los buques entren en el puerto –fluvial–, toda vez que el río Chao-Phyra, que atraviesa Bangkok, no es navegable por barcos que pesen más de diez mil toneladas: los que superan tal peso permanecen a la espera en las aguas más profundas de Kohsichang, en el Golfo de Tailandia. Por ello, es un uso local efectuar el examen de las mercancías en almacenes situados en las márgenes de dicho río. De esos almacenes, una vez efectuado el examen, parten las mercancías en pequeñas embarcaciones, hasta el buque situado a mar abierto. De ahí que la forma habitual de inspeccionar las mercancías en Bangkok sea en el almacén, antes de ser embarcadas en los botes ligeros. Aunque en el contrato de inspección se estableciera que el examen tiene que realizarse en el momento del embarque, no podía entenderse incumplida la obligación aunque el examen fuese efectuado en los almacenes, por cuanto dicha obligación se encuentra condicionada, en este caso, por los usos locales.

V. A modo de recapitulación

I. Las normas materiales internacionales que regulan la conformidad material de las mercancías objeto de compraventa internacional son completadas o desplazadas, en un afán de precisión o puesta al día, por diversos instrumentos pertenecientes a la *lex mercatoria*. Ésta desempeña, así, una función integradora, interpretativa y actualizadora de dichas normas uniformes por efecto de la autonomía de la voluntad de los contratantes; al margen de ésta, además, sirve a la interpretación uniforme e internacional de dichas normas.

Concebida como uso del comercio en determinados sectores de la compraventa de mercaderías, la intervención de terceros especializados en el examen de las mercancías, en orden a determinar su conformidad, también constituye un ejemplo de la capacidad de la *lex mercatoria* para dar resolución a los problemas que la práctica comercial internacional encuentra. Tal intervención comporta la conformación de otra relación jurídica, independiente de la compraventa en términos jurídicos, pero funcionalmente vinculada a ella: el contrato internacional de inspección de mercancías. Además, el contrato de inspección de mercancías, en tanto que contrato atípico (desde el punto de vista interno e internacional) se regula, fundamentalmente, por condiciones generales estandarizadas, esto es, por normas materiales privadas que las partes introducen en el contrato. En este contrato, así, la *lex mercatoria* suple la inexistencia de normativa material uniforme de fuente internacional, además de desempeñar también un papel importante en la precisión de las propias condiciones generales.

II. La función conformadora de la *lex mercatoria* viene demandada por la incapacidad de las normas estatales, y del método conflictual que las designa aplicables, para dar soluciones satisfactorias a tales relaciones. De hecho, podría afirmarse, superando un enfoque estrictamente conflictualista, que en presencia de

¹⁸³ *Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 30 y 31 de octubre de 1995 y 17 de enero de 1996, *Lloyd's Rep.*, 1996-1, pp. 398-405.

normas materiales uniformes, las normas estatales se limitan a cumplir una función supletiva de dichas normas, y a proporcionar los límites de la autonomía de la voluntad de las partes en aras de la protección de determinados intereses públicos (a través de las normas materiales imperativas).

Ciertamente, cuando las normas materiales uniformes son de carácter privado, el alcance del Derecho estatal es superior, puesto que la propia validez de esas normas, y su correcta inclusión en el contrato, están en función de lo que al respecto establezca una ley estatal, la *lex contractus*. Esta intervención, que puede obstaculizar un tratamiento del contrato adecuado a su internacionalidad, empero, puede reducirse al máximo si se refuerza la función de la *lex mercatoria* a través de la inclusión en el contrato de los Principios UNIDROIT. Habilitar la "autonomía conflictual mercatoria" comportará, con ello, la posibilidad de concebir en los términos antes referidos las relaciones entre las leyes estatales y el Derecho uniforme, también cuando éste sea de origen privado.

RESUMEN

En el marco de la compraventa internacional la *lex mercatoria* desempeña una función integradora, interpretativa y actualizadora de las normas uniformes (CV) a través de la autonomía de la voluntad de los contratantes; y al margen de ésta, además, sirve a la interpretación uniforme e internacional de tales normas. En el contrato de inspección, vehículo jurídico de la intervención de terceros especializados en el examen de las mercancías objeto de la compraventa (considerada en sí misma un uso del comercio), su principal función es conformadora, pues dicho contrato está regulado fundamentalmente por condiciones generales estandarizadas que suplen la inexistencia de Derecho uniforme. En este contexto, las normas estatales cumplen una función supletiva de las normas materiales uniformes y proporcionan los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Ciertamente, cuando las normas materiales uniformes son privadas, como en el contrato de inspección, el alcance del Derecho estatal es mayor, pues la propia validez de esas normas, y su correcta inclusión en el contrato dependen de lo que al respecto establezca la *lex contractus*. Esta intervención, que puede obstaculizar un tratamiento del contrato adecuado a su internacionalidad, puede reducirse al máximo si se refuerza la función de la *lex mercatoria* a través de la inclusión en el contrato de los Principios UNIDROIT.

PALABRAS CLAVE

Conformidad material de las mercancías- Compraventa internacional- Inspección de mercancías- *Lex mercatoria*- Usos del comercio internacional- Principios UNIDROIT

ABSTRACT

The so called *lex mercatoria* accomplishes different functions and is subject to diverse limits depending on the existence of uniform rules applicable to a given international commercial contract. Thus, by way of party autonomy it serves the integration, interpretation and actualization of uniform rules (CISG) applicable to international sale of goods contracts, and, notwithstanding party autonomy, it offers a uniform and international interpretation of those rules. In the frame of a contract of goods inspection, which is celebrated to regulate the inspection of the goods by a third party - conceived as an international usage in itself, its main function is a conforming one, since the lack of specific rules applicable to the contract is settled by means of the inclusion of standardized general conditions. In this context, state Law fulfils a complete function and establishes the limits of party autonomy. Certainly, national

rules do have a greater extent where uniform rules are of a private nature (*i.e.* in the contract of goods inspection) because a state *lex contractus* is meant to regulate both the validity of those private rules and their effective inclusion in the inspection contract. Such an application of national rules, which may hinder a truly international treatment of the contract, is to be avoided through the insertion of UNIDROIT Principles.

KEY WORDS

Conformity of goods- International sale of goods- Inspection of goods- *Lex mercatoria*- International usages- UNIDROIT Principles