

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Director de Investigación: Dr. Jorge Jaramillo Vargas*

Estudiantes Investigadores:*

Juan Pablo Bonilla Sabogal
Ángela María Leal López
María Paula Malik Liévano
Ana María Martínez Granados
Mónica Andrea Orjuela Cortés
Gaby Paola Rengifo Bautista

Línea de Investigación de Derecho Comercial Internacional

Departamento de Derecho Comercial

Universidad Externado de Colombia

2002

* Artículo producto de la línea “Derecho Comercial Internacional” dentro del marco del Grupo de Investigación “Derecho Comercial Colombiano y Comparado” del Departamento de Derecho Comercial Universidad Externado de Colombia.

* Profesor Investigador Universidad Externado de Colombia.

* Estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

1.	Introducción	5
2.	Antecedentes	6
2.1.	El Problema de la Ley Aplicable	6
2.2.	Técnicas de Armonización y Unificación.....	8
2.3.	Agencias de Unificación y Armonización	9
2.4.	Antecedentes de Armonización y Unificación	10
2.4.1.	Los Trabajos Previos de UNIDROIT: LUCI y LUF	10
2.4.2.	Los Trabajos previos de UNCITRAL	12
3.	Ámbito de Aplicación (Art. 1 – 6)	15
3.1.	Ámbito de Aplicación Material	16
3.1.1	Compraventa <i>doméstica</i> - Compraventa <i>Internacional</i>	16
3.1.2	El problema de la Internacionalidad	19
3.1.3	El concepto de Establecimiento	21
3.1.3.1	Pluralidad de Establecimientos (Art. 10)	24
3.1.3.2	Ausencia de Establecimiento	25
3.1.4	El Concepto de Mercaderías.....	25
3.2.	Aplicación Directa de la Convención (Art. 1 a).....	28
3.3.	Aplicación mediata de la Convención (Art. 1 b)	29
3.4.	Exclusiones al ámbito de Aplicación.....	31
3.4.1.	Relaciones de Consumo (Art. 2 a).....	32
3.4.2.	Ventas por Ministerio de la Justicia (Art. 2 b).....	32
3.4.3.	Buques y Aeronaves (Art. 2 c y d)	32
3.4.4.	Venta de Electricidad (Art. 2 e).....	33
3.4.5.	Validez del Contrato (Art. 4 a)	33
3.4.6.	Efectos sobre la Propiedad (Art. 4 b).....	34
3.4.7.	Daños a Personas por el Hecho de las mercaderías (Art. 5)	34
3.5.	Aplicación Extensiva (Art. 3).....	36
3.6.	Autonomía de la Voluntad (Art. 6).....	38
4.	Disposiciones Generales (Art. 7 – 13)	39
4.1.	Interpretación de la Convención	40
4.1.1	Principios de Interpretación.....	40
4.1.1.1	Uniformidad e Internacionalidad	41
4.1.1.2.	Buena fe	41
4.1.1.3.	Principios Generales y Derecho Internacional Privado	43
4.1.2	Declaraciones y Actos de las Partes (Art. 8-1).....	45
4.1.2.1	Criterio de Razonabilidad (Art. 8-2-3).....	48
4.1.3	Obligatoriedad de Usos y Prácticas entre las Partes (Art. 9-1).....	49
4.1.4	Obligatoriedad de Usos y Prácticas Mercantiles (Art. 9-2)	50
4.2.	Libertad de Formas	52
4.2.1.	Sustancial (Art. 11).....	53
4.2.2.	Procesal (Art. 11)	54
4.2.3.	Excepciones a la libertad de Formas (Art. 12)	54
4.2.4.	Alcance de la Expresión por Escrito (Art. 13)	57
5.	Bibliografía.....	59

1. Introducción

Por medio de la Ley 518 de 1999, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-529 de mayo de 2000, se aprobó en Colombia la "CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS"¹, hecha en Viena el 11 de Abril de 1980.² Esta Convención ha sido ratificada en más de 50 países que representan más del 80% del comercio mundial³; su trascendencia para comerciantes, abogados y operadores es innegable y afectará ciertamente la manera en que se adelanten los negocios internacionales en nuestro país.

La globalización del comercio en un ámbito de sistemas jurídicos nacionales lleva de sí necesidad de unificar y armonizar los ordenamientos en materia comercial; es evidente que las comunidades comerciales requieren compartir lenguajes y formas jurídicas, normas internacionalmente acogidas por los diferentes Estados y sistemas de gobierno para que las relaciones entre sí se faciliten antes y durante las negociaciones, durante la ejecución del contrato e inclusive en la terminación del mismo.

En un mundo de Naciones-Estado con comercio internacional globalizado, ha sido indispensable, encontrar herramientas jurídicas que generen la confianza necesaria de la comunidad comercial (en principio recelosa de la aplicación de una ley foránea para solucionar conflictos con sus socios internacionales) para prevenir y reducir los referidos conflictos y divergencias. Así, dos técnicas básicas, diferentes y complementarias a la vez, han sido utilizadas para tal fin: la primera tiene que ver con las reglas sobre elección de la ley aplicable a los contratos de carácter mercantil dentro del marco del derecho internacional privado, y la segunda con la progresiva unificación y armonización de leyes sustantivas.

Por la importancia que reviste la compraventa internacional y ante los conflictos de leyes, se han hecho esfuerzos para establecer un conjunto de normas, directrices y principios que proporcionen elementos que permitan un entendimiento común de los derechos y obligaciones que surgen entre las partes del negocio. La Convención de Viena unifica en materia sustantiva las relaciones jurídicas que se desprenden de las compraventas internacionales.

Este trabajo describe el problema sujeto a armonización y comprende la descripción de los antecedentes de la Convención, su ámbito de aplicación y las disposiciones generales a la luz del derecho comercial colombiano.

¹ Conocida como Convención de Viena por ser aprobada en esa ciudad y también conocida por las siglas CISG (en inglés) o CNUCCIM (en español).

² El proyecto se aprobó en la Plenaria del Senado en la sesión correspondiente al acta No. 07 del 25 de agosto de 1998, publicada en la Gaceta 167 del 31 de agosto de 1998

³ Ver Anexo1

2. Antecedentes

2.1. El Problema de la Ley Aplicable

El contrato de compraventa internacional de mercaderías es una base muy importante para todos los demás contratos internacionales de carácter comercial. Esto no se debe meramente, a que en términos comerciales y económicos las compraventas sean arquetípicas, sino también, a que, en términos legales, mucho de lo dicho sobre la compraventa internacional se aplica a otras clases de contratos.

La compraventa internacional, por lo tanto, se presenta como un útil punto de partida y sirve de analogía a otro tipo de acuerdos vinculantes. En efecto, los actos jurídicos que tienen lugar en una compraventa constituyen acuerdos legalmente vinculantes y ejecutables; la creación, interpretación y desarrollo de un contrato de compraventa están gobernados por las normas legales de algún ordenamiento jurídico, que a su vez contiene remedios para los eventos de incumplimiento de las obligaciones contractuales y toda la maquinaria para adelantar y tramitar las disputas entre las partes; y, de manera exclusiva, el poder de coerción para hacer posible la ejecución de los fallos y laudos.

En primer lugar es necesario definir la compraventa para luego determinar qué es la compraventa internacional. Compraventa es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir a otra la propiedad de una cosa a cambio de una suma de dinero (precio). Vemos que los elementos esenciales de la compraventa son la cosa y el precio. Ahora bien, ¿qué diferencia puede existir entre una compraventa local y una internacional? En principio pudiera pensarse que ninguna y en verdad en una y en otra concurren los mismos elementos señalados. Sin embargo pensemos en el siguiente caso para formarnos una idea de la nota distintiva:

Pedro necesita adquirir unas corbatas francesas para comerciar con ellas en Colombia. Solicita a un distribuidor que tiene su establecimiento en Francia la venta de la mercancía requerida. El francés envía comunicación escrita al colombiano el día 30 de septiembre de 1996, dicha comunicación que contiene la aceptación llega a Colombia el día 1 de octubre pero solo es conocida por Pedro el día 2 del mismo mes.

Ante este caso se pregunta: ¿En qué momento se considera aceptada la oferta y por ende perfeccionado el contrato? ¿En el momento de la expedición, en el instante de la recepción o del conocimiento de dicha aceptación por parte de Pedro? ¿Qué efectos genera el perfeccionamiento de la compraventa? ¿Sólo generará obligaciones o acaso implica la transferencia del derecho real de propiedad? Y por último ¿quién asume los riesgos de la cosa vendida entre el momento de la celebración del contrato y el de entrega de la mercancía?

De entrada nos percatamos que las normas que pueden ser aplicadas para solucionar los anteriores interrogantes provienen de diferentes Estados soberanos y que si las partes no han dicho nada sobre la legislación aplicable nos encontramos que tanto la normatividad francesa como la colombiana tienen vocación para ser aplicadas y que ante las

discrepancias existentes entre los dos ordenamientos surge un conflicto de leyes que debe ser solucionado. En cambio si se tratara de una compraventa local lo que no diga el acuerdo de los contratantes será suplido por la ley nacional y la costumbre local que cobija tanto a vendedor como a comprador.

Vistas así las cosas podemos concluir que existe compraventa internacional siempre que sobre la misma relación concurren para regularla, dos o más leyes que, en principio, le son simultáneamente aplicables y que emanan de diferentes Estados soberanos. Éste es no solamente el criterio que permite calificar una compraventa como internacional sino que determina también el ámbito de actuación de todo el derecho internacional privado o derecho conflictual.

En una compraventa ordinaria, celebrada entre ciudadanos o residentes del mismo país es, en general, bastante simple precisar cuál sistema legal y qué normas son aplicables; una compraventa internacional, por el contrario - en lenguaje de uso comercial - es una venta entre un vendedor de un país y un comprador de otro, y ello nos lleva a que sea un contrato en el cuál más de un sistema legal puede relacionarse, generando, por tanto, dudas sobre las normas aplicables o la maquinaria legal que debe ser usada en el evento de alguna disputa con relación al contrato.

El ejemplo más obvio de una compraventa internacional, es el de una empresa establecida en un país que vende sus productos a otra establecida en otro país con un sistema legal diferente. Consecuentemente, estos productos deben ser transportados del país del vendedor al país del comprador. También puede ocurrir de otras maneras: por ejemplo, cuando las partes están establecidas y celebran el contrato en el mismo país, pero los bienes han de ser transportados a otro diferente. En tales casos, por lo menos dos ordenamientos jurídicos pueden estar vinculados, y será entonces necesario, determinar la ley aplicable al contrato de compraventa.

El problema de la determinación de la ley aplicable aumentó con la nacionalización de las normas y prácticas comerciales en los siglos XVIII y XIX, con la aparición de los Estados-nación.⁴ Esta etapa de nacionalización, estaría precedida por la aplicación de la llamada *lex Mercatoria* que aparece en la edad media como un cuerpo de normas universalmente aceptadas por la comunidad comercial europea elevadas a la categoría de “sistemas” diversos al derecho nacional, llamado sistema transnacional o *a-nacional*.

Tanto la globalización del comercio, como la aparición de agencias especializadas en formular instrumentos jurídicos que faciliten ese comercio y eviten los conflictos tienen lugar, luego de un ciclo histórico, por lo que algunos afirman la existencia de una *nueva lex Mercatoria* presente en la transnacionalización del derecho comercial contemporáneo. Es sin duda un fenómeno claro de transnacionalización del derecho en el que los

⁴ En el caso Pillans contra Van Mierop se estableció, por una parte, que las reglas de derecho mercantil eran materia de derecho para ser decididas por los jueces, en vez de ser materia de costumbres a ser probadas por los comerciantes y, por otra, que éstas reglas eran aplicables a todas las personas y no sólo a los comerciantes. Consecuentemente, las leyes mercantiles entraron a ser parte del derecho Común sustantivo inglés.

comerciantes internacionales conforman una clase cosmopolita que desarrolla sus actividades en un mundo de desdibujadas fronteras nacionales y con clara ideología liberal clásica⁵.

Diversas técnicas se han intentado para resolver el problema de la ley aplicable. En las siguientes secciones describiremos brevemente las técnicas y las formas en que estas soluciones tienen lugar.

2.2. Técnicas de Armonización y Unificación

Podemos identificar por lo menos dos técnicas para solucionar el problema de la ley aplicable en los contratos internacionales de carácter mercantil (i.e. compraventa internacional): el propósito de la primera técnica, que ha sido descrita por el Profesor Clive Schmitthoff⁶ como método *clínico*, consiste en establecer reglas que regulen el conflicto de leyes. Se dice *clínico* porque, dentro del marco del derecho internacional privado, permite unificar o armonizar las reglas que determinan cuál es la ley aplicable al contrato comercial internacional, pero no unifica la ley aplicable en sí misma.

Como ejemplos de este enfoque tenemos el libro II del Código de Bustamante⁷, cuyo título es “Derecho Comercial Internacional⁸” para determinar reglas de conflicto en el área del derecho comercial internacional a nivel hemisférico; con vocación universal podemos citar a título de ejemplo la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

La norma de conflicto tiene por objetivo, en caso de discrepancia internacional, determinar mediante remisión, en primer término, el ordenamiento – entre los distintos en colisión en el caso de que se trate – de conformidad con el cual dicha disputa ha de ser resuelta; en segundo lugar, la norma de conflicto habrá de fijar la jurisdicción competente para la resolución de la controversia, la cual procederá a la aplicación de la regla sustantiva nacional o internacional, a la que remita la correlativa de conflicto.

⁵ Adam Smith, *The wealth of Nations* (New York : The Modern Library, n.d.), y David Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation*, Cambridge, England : Cambridge University Press, 1981)

⁶ Progressive Development of the Law of International Trade: Report of the Secretary-General of the United Nations, 1966, United Nations (UN). Disponible en <http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/doc.html>.

⁷ El Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante fue aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928.; ratificaron: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela..

⁸ Aunque no trata las materias típicas del derecho comercial internacional, que es derecho sustantivo.

La segunda técnica, la progresiva unificación y armonización de leyes sustantivas, ha constituido un método más efectivo para evitar el conflicto de leyes ya que se ha presentado como la regulación con vocación global o regional aceptada en una transacción comercial en particular. A este enfoque lo podemos llamar *preventivo* del conflicto ya que no puede haber conflicto de leyes cuando una solución común, de naturaleza sustantiva, es aceptada por las leyes locales de las partes, amparados siempre en los principios de la autonomía privada y de la buena fe contractual, comunes, a las familias jurídicas predominantes. A esta categoría pertenece la Convención de Viena; se trata de un instrumento que pretende disciplinar los temas sustantivos de la compraventa.

2.3. Agencias de Unificación y Armonización

Estando la política de unificación de normas sustantivas diseñada para evitar los conflictos de leyes, su objeto ha consistido en persuadir a los Estados, para que adopten una política de armonización y unificación sobre determinados aspectos legales del comercio internacional. Normalmente, estos instrumentos toman la forma de convenciones internacionales que requieren amplias discusiones, e investigación en su redacción e intensa actividad diplomática y/o gremial para su adopción por países y comerciantes. Estas tareas han sido adelantadas durante el último siglo por organizaciones intergubernamentales, y entidades gremiales especializadas en *formular* el derecho comercial internacional.

De tiempo atrás, una corriente invisible vanguardista vio la necesidad de lograr un consenso uniforme, frente a una sociedad por esencia cambiante y diversa, que hoy se presenta como la *muerte de distancias* para la regulación jurídica de conductas frente a las actuaciones de los particulares en materia comercial.

De esa corriente y, con el fin de formular un derecho comercial internacional, dissociado de las peculiaridades históricas y doctrinarias de los sistemas locales, pero esencialmente similar en todas partes y universalmente aceptado dentro de los límites establecidos por la *lex fori* y el *ordre public* internacional, se crearon organismos internacionales dotados de la más variada configuración jurídica. Su objeto consiste en hacer el trabajo de preparación y formulación de los instrumentos jurídicos internacionales necesarios para la armonización del derecho comercial internacional.

En el campo mercantil son dos los organismos gubernamentales, con vocación universal, que llevan a cabo las tareas preparatorias con carácter previo a la convocatoria de conferencias diplomáticas en la que los Estados ejercitan su poder creador de normas uniformes del comercio internacional: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Entre los *productos* finales de estas agencias están los tratados y las convenciones internacionales, que se constituyen en las normas más identificables del derecho uniforme del comercio internacional y, al mismo tiempo, las menos autónomas e independientes en su producción y aplicación desde la perspectiva de los operadores destinatarios de ellos,

en la medida en que su establecimiento y vigencia dependen exclusivamente de la voluntad de los Estados.⁹

Existe otra categoría de agencias que no se asocian ni en su organización ni funcionamiento a los Estados, sino de manera directa a la comunidad comercial; su labor más que de creadora de normas, es la de compiladora de prácticas comerciales. Las más representativas son: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el *Comité Maritime International*, y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

2.4. Antecedentes de Armonización y Unificación

Partiendo entonces de que este trabajo de búsqueda de los comunes denominadores en materia sustantiva y conflictual ha sido adelantado por agencias gubernamentales y no gubernamentales dedicadas a la *formulación* del derecho comercial internacional, en las siguientes secciones estableceremos el papel de dichas organizaciones en el largo proceso, que trajo como consecuencia la Convención de Viena en 1980, instrumento unificador objeto de nuestro estudio.

2.4.1. Los Trabajos Previos de UNIDROIT: LUCI y LUF

Los esfuerzos de unificación de las leyes sustantivas (método preventivo) sobre compraventa internacional se iniciaron luego de la creación del Instituto de Roma, mejor conocido como UNIDROIT, establecido mediante tratado multilateral¹⁰ en 1926 bajo el auspicio de la Liga de las Naciones.

En 1930, se organizaron grupos de trabajo con el ánimo de realizar un proyecto uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, derechos y obligaciones de vendedores y compradores, cuyo primer informe se presentó en 1934 a la Sociedad de Naciones para que los Estados miembros hicieran los comentarios pertinentes. Posteriormente, en 1939, se presentó un segundo proyecto que no llegó a ser discutido.

El trabajo se vio suspendido en varias ocasiones, debido a los conflictos de carácter internacional, incluida la Segunda Guerra Mundial, y se reanudó posteriormente en 1951

⁹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Revista De Derecho Mercantil, El Derecho Uniforme Del Comercio Internacional Y Su Sistemática. REVISTA Número 207 Enero – Marzo. Madrid - España. Pág. 64

¹⁰ UNIDROIT tiene 59 Estados miembros: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Egipto, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holy See, Hungría, India, Irán, Irak, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malta, México, Holanda, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Rusia, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Sur África, España, Suecia, Suiza, Tunilla, Turquía, Unido Reino, USA, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

donde 21 naciones se reunieron para continuar con el desarrollo del proyecto. Los representantes en la conferencia diplomática organizada por el Gobierno Holandés, examinaron el proyecto de UNIDROIT y decidieron proseguir con los trabajos mediante la creación de un "Comité especial" encargado de elaborar un nuevo proyecto. Esta comisión redactó dos proyectos, uno en 1956¹¹ (Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional), y otro en 1963 que incorporaba las observaciones propuestas por los distintos gobiernos y la Cámara de Comercio Internacional.

Por una parte, los países tradicionalmente comerciantes favorecían el principio de la autonomía privada, que otorga a las partes un alto grado de libertad en la negociación de los contratos; estos países concebían un derecho uniforme como una alternativa que las partes podían elegir aplicable en sus negocios, pudiendo variar sus efectos según sus deseos. Contrariamente, los países con menor experiencia comercial, preferían una ley uniforme que les diera protección regulando todas las transacciones ya que temían que la falta de aplicación de una ley uniforme redundara en la aplicación de contratos de adhesión, usos y costumbres en que los países desarrollados llevarían la ventaja.

En razón de lo anterior, las leyes uniformes intentaron crear un balance entre el principio de la autonomía privada y la necesidad de protección de los comerciantes de los países en desarrollo; el proyecto de 1963 trató de equilibrar estos intereses.

Finalmente en 1964, se reunieron representantes de 28 Estados para discutir los dos trabajos antes realizados por UNIDROIT y se adoptaron dos textos: la ley uniforme sobre la Compraventa Internacional de mercaderías (**LUCI**) y la Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato de compraventa internacional de mercaderías (**LUF**).¹²

La elaboración de dos Leyes Uniformes distintas, reguladoras cada una de ellas de aspectos diferenciados de la compraventa internacional, tuvo por finalidad, facilitar su aceptación por el mayor número de Estados, pues se temía que estos pudieran rechazar en su totalidad la regulación de la compraventa internacional si estaban en desacuerdo con algún aspecto de dicha regulación.

La Ley Uniforme Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (LUCI 1964) establece que las partes tienen libertad para excluir su aplicación parcial o completamente, expresa o implícitamente;¹³ a su vez, la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para las Compraventas Internacionales de Mercaderías (LUF) establece que se aplicará excepto si aparece que de las negociaciones preliminares, la oferta, la contestación, las prácticas y usos establecidos entre las partes que otras reglas deban aplicarse.¹⁴

¹¹ Fue redactado por la llamada "Comisión Especial" establecida para tal efecto.

¹² HONNOLD, O. John. Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (convención de las Naciones Unidas de 1980). Editorial Revista de derecho privado, editoriales de Derecho reunidas. Madrid - España 1987. Pág. 71.

¹³ Artículo 3 LUCI

¹⁴ Artículo 2 LUF

La primera de estas convenciones entró en vigor el 18 de agosto de 1972, habiendo sido objeto de ratificación o adhesión por la República Federal de Alemania, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, Holanda, el Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte y San Marino. La Convención sobre la Formación entró en vigor el 23 de agosto de 1972 y fue ratificada (u objeto de adhesión) por los mismos gobiernos que la anterior, con excepción de Israel.

Por su escasa aceptación se continuó durante años con el intento de la aprobación de un instrumento que contara con la participación mundial y en 1980 con la dirección de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) se aprobó en Viena el 11 de abril la actual CISG que entró en vigor el 1 de enero de 1988.

2.4.2. Los Trabajos previos de UNCITRAL

En 1966, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció la fundación de un organismo con representación mundial para promover “la armonización y la unificación el derecho del comercio internacional” (UNCITRAL), que mantuvo su primera sesión en 1968.

Uno de los pioneros en la creación de un órgano para promover el desarrollo del *international trade law* fue el profesor Clive Schmitthoff¹⁵. Mediante la resolución 2102 de la Asamblea General, de 20 de Diciembre de 1965, por la cual se decidió inscribir en el programa del vigésimo primer período de sesiones el tema “Desarrollo progresivo del Derecho del comercio internacional”, se pidió al secretario general que presentase un amplio informe sobre unificación y armonización de este derecho.¹⁶ El Derecho Comercial Internacional así entendido puede ser definido como el cuerpo de normas que gobiernan las relaciones comerciales de derecho privado que envuelven diferentes países. Algunos tópicos que están contenidos dentro de esta definición son los siguientes:

- ◆ Compraventa Internacional de Mercaderías.
- ◆ Formación de Contratos.
- ◆ Agencia Comercial.
- ◆ Contratos de venta exclusiva.
- ◆ Instrumentos Negociables y Créditos Comerciales Bancarios.

A través de la Resolución 2205 de 17 de Diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se decidió establecer la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional, con el siguiente mandato:

¹⁵ Progressive Development of the Law of International Trade: Report of the Secretary-General of the United Nations, 1966, United Nations (UN). Disponible en <http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/doc.html>

¹⁶ OLIVENCIA, Manuel. Revista De Derecho Mercantil Uncitral Hacia Un Derecho Mercantil Uniforme En El Siglo XXI. REVISTA Número 207 Enero – Marzo. Madrid - España. Pág. 13

“La Comisión fomentará la armonización y unificación progresiva del Derecho mercantil internacional mediante:

- ◆ La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas.
- ◆ El fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas.
- ◆ La preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera.
- ◆ El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo de Derecho mercantil internacional.
- ◆ La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, del Derecho mercantil internacional.
- ◆ El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo.
- ◆ El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional.
- ◆ La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones”¹⁷.

El número de miembros de este organismo se limita a 36, que pertenecen a varias regiones del mundo y la Comisión en pleno se reúne una vez al año para una sesión de dos a cuatro semanas de duración, en la que se deciden los temas de trabajo. Se reciben los informes progresivos de sus cuerpos constituyentes, y cuando un grupo de trabajo ha finalizado su trabajo sobre un proyecto de convención, la comisión se reúne en pleno y considera en detalle cada disposición.

En 1978 se reunió la comisión en pleno y revisados los proyectos presentados, se combinaron éstos en un único proyecto de convención que trataba tanto sobre la formación del contrato como de los derechos de las partes en el contrato.¹⁸

Este proyecto de convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1978 recibió la aprobación unánime por parte de la Comisión, y la asamblea General de las Naciones aprobó rápidamente la convocatoria de una conferencia diplomática para trabajar sobre el proyecto de UNCITRAL.¹⁹ En esta

¹⁷ *Ibíd*em 12. Pág. 14 y 15

¹⁸ <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html> visitada en Marzo 16 de 2002.

¹⁹ HONNOLD, O. John. *Ob. Cit.* Pág. 76.

conferencia casi todas las disposiciones del proyecto de convención de UNCITRAL de 1978 se aprobaron después de un estudio profundo y debates de cada uno de los proyectos con el ánimo de enriquecerlos para que satisficieran las exigencias del comercio internacional.

La Convención de Viena se diferencia de las convenciones de la Haya en varios aspectos:

- ✓ La Convención de Viena es más simple y más corta, teniendo una técnica más pragmática, al unificar en una sola convención los temas sustantivos que se habían separado desde hacía 40 años.
- ✓ La técnica de derecho internacional público es diferente; mientras que la Convención de Viena se considera un tratado *self-executing*, es decir, sus normas están dispuestas para su inmediata aplicación por el juez nacional y todas las personas de un Estado parte tienen la facultad de exigir sus derechos o demandar el cumplimiento de las obligaciones de otras personas, refiriéndose directamente a las normas del tratado, mientras que las leyes uniformes, buscaban la incorporación de los textos en la legislación doméstica.
- ✓ La Convención de Viena representa un esfuerzo mayor de conciliación global entre los sistemas económicos y las tradiciones jurídicas; las Convenciones de la Haya no tuvieron éxito, al crear diferencias insalvables con los sistemas del *Common Law*²⁰ y con los países en vía de desarrollo.

El éxito de la Convención de Viena se ha debido en primer lugar, a la adopción de una modalidad vinculante distinta y mucho más flexible que la utilizada por los textos aprobados en las Conferencias de La Haya, puesto que las partes pueden excluirla o hacer reserva expresa de alguna de sus disposiciones, produciendo un texto de ineludible aplicación al entrar en vigor transformándose en el derecho interno de la compraventa internacional. Así, en un contrato de compraventa que cumple con los escasos factores de internacionalidad que señala su primer artículo, si las partes guardan silencio sobre la ley aplicable, o declararan aplicable la ley de un Estado parte, será regulado por la CISG y no por el derecho doméstico de la compraventa.

Tal grado de aceptación y flexibilidad, representa una vigencia internacional significativa para una Convención que incorpora normas de derecho uniforme en materia mercantil. Esta presencia de la CISG no tiene parangón con otros tratados elaborados por UNCITRAL, a excepción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, que ha sido adoptada por más de noventa países.

²⁰ HONNOLD señalaba que la LUCI era exclusivamente el resultado de la tradición del Derecho Civil de Europa Occidental. Esta interpretación se ve reforzada si se tiene en cuenta que se achacaron a la LUCI dos defectos: la oscuridad de alguno de sus conceptos esenciales, que no son fácilmente comprensibles por los operadores del comercio internacional, y la existencia de la resolución de pleno derecho, institución esta última que concitó la crítica unánime de los autores anglosajones pues generaba incertidumbre respecto de la producción o no de los eventos que determinaban la resolución del contrato.

La Convención entró en vigor en 1988, con once estados representantes de todas las regiones del globo, de diferentes etapas de desarrollo económico y principales sistemas jurídico sociales y económicos, como Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia, Zambia.

El último registro de la base de datos de las Naciones Unidas que hemos consultado indica que ha sido adoptada por cincuenta y dos países. Esto significa que más de dos terceras partes de la población del globo han aceptado a la CISG como el conjunto de reglas unificadoras que regulan la parte más significativa de su comercio internacional, esto es, la compraventa internacional de mercaderías.

La importancia de este instrumento puede observarse desde diferentes aspectos; el primero lo constituye el hecho de que haya sido suscrita y ratificada por países de todos los continentes, sin distinción de posición económica ni política. Al respecto, se resalta el hecho de que la Convención haya sido adoptada por países de todas las tradiciones jurídicas, desde las legislaciones codificadoras de corte civil romanista y el *common law*, el derecho islámico, el sistema capitalista y los intervencionistas. Por otra parte, merece especial atención la acogida de la Convención en las más importantes academias de derecho quienes cuentan con grupos de investigadores, docentes y estudiantes dedicados al análisis de sus implicaciones en el derecho privado de los diferentes países, así como al estudio sistemático de la jurisprudencia relevante de los tribunales nacionales y extranjeros.²¹

Finalmente, la importancia de la Convención radica también en la función que está llamada a cumplir en el sentido de regular de manera uniforme la operación típica del tráfico de mercancías, agilizando así dichas transacciones y permitiendo la superación de aquellos obstáculos que impone la diversidad de criterios característicos de cada legislación nacional.

De lo anterior puede deducirse la trascendencia que reviste el hecho de que la academia, doctrina y jurisprudencia colombianas emprendan el estudio comparativo de la Convención con los códigos de derecho privado y el derecho interno. Máxime en tiempos de globalización y apertura de los mercados latinoamericanos, meta que supone la adopción de reglas uniformes que permitan a los protagonistas de las transacciones internacionales operar con agilidad y seguridad jurídica en sus transacciones.

3. Ámbito de Aplicación (Art. 1 – 6)

Como así lo establece la propia Convención, en su artículo primero, el ámbito material de aplicación de la CISG es la compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Sin embargo, en la convención no se define qué se entiende por compraventa, por mercaderías o por establecimiento, dejando esta labor al desarrollo interpretativo que de ellos se haga atendiendo otras leyes de carácter internacional, los principios de UNIDROIT, la doctrina y la jurisprudencia. En las siguientes

²¹ Se destacan en este campo, los trabajos de Pace University y la Universidad Carlos III de Madrid.

secciones trataremos de aclarar el alcance de estos términos, con relación a la legislación y la jurisprudencia colombiana.

3.1. Ámbito de Aplicación Material

3.1.1 Compraventa *doméstica* - Compraventa *Internacional*

Con la adopción y ratificación de la Convención de Viena, existirían en Colombia tres clases de Compraventas: una civil, una comercial y una internacional. Veamos brevemente sus características y los aspectos relevantes para nuestro análisis.

El derecho privado colombiano está contenido en dos códigos: el Código Civil, que define la compraventa como el contrato en *que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero*,²² y el Código de Comercio, que la define como *un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero*.²³

Así, la compraventa tendrá el carácter de comercial si el acto es *mercantil* para una de las partes²⁴ o si se trata de la adquisición de bienes a título oneroso con destino a revenderlos como también la enajenación final de los mismos (criterio objetivo).²⁵ También lo será, aquella celebrada entre “comerciantes”, entendidos por el estatuto mercantil como las personas que profesionalmente se ocupen en alguna de las actividades consideradas como mercantiles (criterio subjetivo).²⁶

Contrario sensu, en nuestra legislación la compraventa será civil cuando el acto no sea mercantil para ninguna de las partes. Esto quiere decir, que tanto las relaciones entre profesionales y consumidores como las relaciones entre profesionales y profesionales de carácter mercantil se rigen por el Código de Comercio en cuanto se consideran mercantiles. Tratadistas colombianos como Arturo Valencia Zea afirman que el criterio diferenciador entre estas, es que en la comercial existe un ánimo de lucro, “el cual se traduce en la compra para revender a fin de obtener una utilidad o provecho”, quedando a salvo la posibilidad de que existan compraventas para revender en las que no está presente el ánimo de lucro *vgr.* las cooperativas de consumo, caso en el cual, al faltar el *animus* indicado, quedan reguladas por el código civil.

²² Artículo 1849 C.C.

²³ Artículo 905 C. Co.

²⁴ Artículo 23 del C. De Co.

²⁵ Artículo 20 Num. 1 del C. De Co.

²⁶ Artículo 10 C. De Co.

En contraste con la legislación colombiana, la Convención distingue, para efectos de su aplicación, las relaciones de consumo de las relaciones entre profesionales, quedando las primeras excluidas de su ámbito. (Art. 2 Lit. a). Esta exclusión se justifica en la dificultad de armonizar y/o unificar las leyes nacionales de protección a los consumidores, normalmente de naturaleza imperativa. Por otra parte, se asume que entre comerciantes (profesionales) existe la posibilidad de negociación sobre las condiciones del contrato, el conocimiento de las costumbres comerciales y un deber de diligencia acorde con las exigencias de la actividad de que se trate.

De esta forma, una compraventa calificada como internacional, entre un proveedor de libros norteamericano por Internet y un consumidor (lector) colombiano no tendría como ley aplicable, la Convención de Viena; eventualmente, si resultara aplicable la ley colombiana, se aplicaría la ley comercial en cuanto una de las partes es comerciante y ha realizado un acto de comercio.

La CISG en su artículo 1, numeral 3 establece que “a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato...”. De lo anterior concluimos que la CISG no distingue entre compraventa civil y comercial y ello atiende un criterio moderno, según el cual no se justifica la existencia de dos regímenes que regulen el contrato de compraventa, puesto que, salvo algunas normas que no han de tener mayor efecto en el desarrollo del contrato, las reglas sobre compraventa son prácticamente las mismas.

La anterior afirmación se corrobora cuando se observa que existe, en el Código de Comercio, un artículo que prevé la aplicación de las normas del Código Civil para aquellas circunstancias que no se encuentren reguladas de manera específica por el Código de Comercio (Art. 822 C.Co).

Al adentrarse en las disposiciones del Código de Comercio, puede observarse que éste desarrolla los mismos temas que se disponen en el Código Civil para la regulación de la compraventa, teniendo presente que las exigencias que se derivan de la ejecución de actos de comercio son diferentes, pues éstos dinamizan la economía del país, y por ello, se requiere de una mayor diligencia en su ejecución y regulación. Lo cual, sin embargo, no quiere decir que el contrato en sí mismo no sea uno solo y que amerite la existencia de dos regímenes legales.

En realidad, encontramos innecesaria la dualidad de códigos frente a esta materia, pero, para efectos académicos, es importante mencionar algunos puntos sobre los cuales se presentan ciertas diferencias:

- ✓ Cuando hablamos de los riesgos de la cosa debida, los cuales son regulados de forma diversa por cada código; así, en el Código Civil, el riesgo por la pérdida de la cosa recae en el comprador y es por esto, que en caso de pérdida de la cosa debida, se extingue la obligación, a diferencia del Código de Comercio en el que el riesgo recae en la persona del vendedor, y en el evento de presentarse pérdida de la cosa, la obligación no se extingue sino que se transforma, debiendo entregar el vendedor, el equivalente en dinero (Art.1729 a 1739 C.C; Art.928 y siguientes C.Co).

- ✓ Respecto de los vicios ocultos de la cosa vendida, encontramos que en ambas materias, cuando estemos frente a ellos, se dará lugar a la rescisión del contrato o a la reducción del precio en su justa medida; sin embargo, en materia civil se requiere que se cumplan las condiciones del artículo 915 C.C mientras que, en materia comercial, es indispensable que el vicio exista antes de la celebración del contrato.
- ✓ Otra de las diferencias que parecen existir en ambas regulaciones, se centra en el tema de la lesión enorme, muy desarrollado en el C.C, el cual solo es referenciado de forma indirecta, en el artículo 920 del C.Co al estipular que el precio irrisorio se tendrá por no pactado.

Analícemos ahora las implicaciones trascendentes que en nuestro ordenamiento tiene la aplicación de la CISG en cuanto a su no diferenciación entre compraventa civil y comercial, enfatizando que en nuestro país las corrientes unificadoras han tenido gran acogida y con frecuencia se ha criticado la irrelevante e inocua regulación bipartita frente a una misma materia.²⁷ En efecto, la doble regulación sobre una misma materia, con aparentes diferencias, y ningún contenido sustancial, no ha contribuido en nada al tráfico jurídico y por el contrario puede entorpecerlo, estableciendo límites para un caso, requisitos para el otro, obligaciones en un sentido y deberes en el otro, todo dicho en palabras distintas pero referido a un idéntico negocio jurídico.

Frente a esta dualidad, es oportuno señalar que, con la entrada en rigor de la ley 518 de 1999, aparece un tercer tipo de compraventa: la Compraventa Internacional de Mercaderías. Esta que se caracteriza por traspasar las fronteras estatales y, en consecuencia, por implicar relaciones jurídicas y patrimoniales que, no presentándose en el ámbito nacional, justifican realmente una clasificación y un estudio particular. En efecto, si bien no es razonable hacer una diferenciación entre las diversas compraventas locales, sí es posible y por demás necesario, distinguir las compraventas internacionales ya que

²⁷ Al respecto sostiene Valencia Zea “En el derecho positivo, según hemos advertido, la compraventa se encuentra reglamentada por dos estatutos: en primer término, por el Código Civil (arts. 1849 a 1954), y, en segundo lugar, por el Código de Comercio (arts. 905 a 967). Nos limitaremos a señalar el campo de aplicación de las normas de los dos estatutos, prescindiendo de indicar las graves fallas que resultan de separar en códigos diferentes la compraventa pues la tendencia actual es la de unificar las normas contractuales de derecho civil y comercial...” VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo IV, De los contratos. Editorial Temis. Séptima Edición. Bogotá. 1988. Págs. 16 y 17.

Guillermo Escobar Vélez por su parte, afirma que “...desaparecen todos los obstáculos para unificar las dos reglamentaciones en un solo cuerpo... las observaciones hechas nos enseñan que debe existir una sola compraventa comprensiva ampliamente de los dos estatutos actualmente vigentes en el país. Se ha considerado que la doble regulación es una repetición que, además es antitécnica...” ESCOBAR VELEZ, Edgar Guillermo. La Compraventa Civil y Comercial. Editora Jurídica de Colombia. Medellín. 1991. Pág. 41.

éstas exigen cuestionarse, por una parte, cuál debe ser la ley aplicable al contrato y, por otra, cuáles habrán de ser sus consecuencias económicas (cambiarias, tributarias, aduaneras etc).

Para enmarcarse dentro de la nueva categoría a que venimos de hacer referencia, debe verificarse:

- ◆ Que sea un contrato de compraventa,
- ◆ Que la compraventa sea internacional,
- ◆ Que se trate de mercaderías,
- ◆ Que no exista ninguna exclusión de las señaladas en el artículo 3.1.
- ◆ Que las partes no excluyan la aplicación de la Convención en ejercicio de su autonomía de la voluntad, según el artículo 6 de la misma.

En relación con el concepto de compraventa, debe decirse que el concepto que acoge la Convención se deduce, por una parte, de sus Arts. 30 y 53 (los cuales establecen las obligaciones respectivas de vendedor y comprador) y, por otra, las exclusiones del Art. 2 y las inclusiones del Art. 3.

De acuerdo con los mencionados artículos, el contrato de compraventa internacional se tendrá como aquel intercambio de la propiedad de una cosa por un precio, o como aquel dirigido a conseguir la entrega de mercaderías y la transmisión de su propiedad a cambio de pago.²⁸

Siguiendo esta amplia definición, en el ámbito de aplicación de la Convención de Viena, quedarán contenidas no solamente todas las modalidades de contratos internacionales en que se cambian cosas por dinero, sino también ciertos contratos mixtos, como por ejemplo, los contratos de arrendamiento y compra o de leasing con opción de compra.²⁹

3.1.2 El problema de la Internacionalidad

Hemos afirmado que la Convención de Viena se aplica a las compraventas internacionales y no es aplicable a las compraventas internas; resulta entonces imprescindible saber cuando una compraventa es *internacional* para la Convención.

Vimos cómo, en el extenso ámbito del *comercio internacional* como materia regulada, surge la exigencia de una normativa uniforme. Más que por la naturaleza intrínseca de estas relaciones (la compraventa, el transporte...), la exigencia viene reclamada por su carácter internacional y por la conveniencia de superar el obstáculo que representan la diversidad de los ordenamientos nacionales y su conflicto siendo la calificación de

²⁸ FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. Derecho Mercantil Internacional. Editorial Tecnos. Madrid. 1995; VAZQUEZ LEPINETTE, Tomás. La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

²⁹ DIEZ, PICAZO Luis y PONCE, León. Ob. Cit. Pág. 49.

mercantil o de civil, por vía de ejemplo, no aplicable a todos los sistemas jurídicos y no existiendo una categoría jurídica de lo “mercantil” o “comercial” más sí de lo “internacional”.

No es éste un asunto fácil, en cuanto existen varios criterios para calificar de *internacional* una compraventa. Antes de abordar los criterios que utiliza la Convención, veamos las principales alternativas.

Como un primer criterio de naturaleza subjetiva, se tiene el del domicilio comercial de los contratantes, en el cual el contrato será internacional si las partes tienen su domicilio comercial en países diferentes, en tanto que las obligaciones emanadas del contrato se ejecutan en el ámbito de dos ordenamientos diversos.

Como un segundo criterio de naturaleza objetiva, se encuentra el del objeto del contrato, en el cual el contrato sería internacional si la cosa objeto de la compraventa es entregada de tal forma que implique la salida de un país (exportación) y la entrada en otro diferente (importación).

Como un tercer criterio de naturaleza mixta, el contrato sería internacional si se dan ambos criterios, el objetivo y el subjetivo, es decir que las partes tengan su domicilio comercial en países diferentes que concurra con el traslado de la cosa de un país a otro.

Algunos ejemplos de aplicación o acogimiento los tres enfoques enunciados son los siguientes:

- *Las convenciones de la Haya*³⁰ (LUCI y LUF), sobre compraventa internacional consideran una compraventa como internacional cuando se presentan tanto elementos de internacionalidad subjetivos (establecimiento o residencia de las partes sin consideración a la nacionalidad), como objetivos (que los actos constitutivos de oferta y aceptación se celebren en países diferentes - o que los bienes sean transportados internacionalmente – o que los actos de oferta y aceptación se hayan realizado en un país diferente al país de entrega del bien). Este enfoque hacía aplicable la convención a, prácticamente, todas las situaciones en que un elemento internacional apareciera; el resultado fue un alto número de reservas para por esta vía limitar el ámbito de aplicación de las convenciones de la Haya.
- La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, por su parte, establece que el contrato es internacional cuando las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte

³⁰ ULIS Article 1(1) The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases: (a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another; (b) where the acts of constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States; (c) where delivery of goods is to be made in the territory of a state other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected.

diferentes, o cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte.³¹

- La Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagares internacionales de 1988 se aplica a las letras de cambio *internacionales* y a los pagares *internacionales* (Art. 1), y establece como criterio para calificar así a esos títulos, la situación en Estados diferentes de dos de los lugares indicados en la letra, que el artículo 2 de la Convención enumera.
- Los Principios de UNIDROIT no traen ninguna definición sobre la internacionalidad del contrato, pero se establece en el preámbulo que este concepto deberá ser interpretado de la forma más amplia posible ya que, tal como se afirma en este mismo aparte de los principios, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola Nación. Este enfoque permite evitar, casi en cualquier caso, el conflicto de leyes mediante la elección de las partes de los principios como ley sustantiva aplicable a su contrato, y sin importar si es civil o mercantil.
- Finalmente, La Convención sobre la Prescripción en Materia de compraventa internacional de mercaderías, (Nueva York, 1974), consideraba internacional el contrato cuando, al tiempo de su conclusión, comprador y vendedor tenían sus establecimientos (o residencia habitual) en Estados diferentes (Art. 2) pero, el Art. 3 sobre aplicación de la Convención fue enmendado por el Artículo 1 del Protocolo de Viena, 1980, en concordancia con el Art. 1 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

La Convención de Viena, adoptó el criterio de la ubicación del *place of business* o establecimiento³² de los contratantes en estados diferentes para determinar el carácter de internacional de la compraventa. Lo anterior con prescindencia total de la nacionalidad de las partes, de si existe un traslado de un país a otro de las mercaderías objeto del negocio, o de si hay una transferencia internacional en el pago.

En otras palabras, y para concluir este punto, la Convención de Viena no se aplicaría *per se* si las partes no tienen sus establecimientos en países diferentes, así contenga el contrato contactos con otros elementos de conexión internacionales; de igual forma, la Convención se aplica incluso si los bienes no traspasan frontera alguna, siempre y cuando las partes tengan su *place of business* en Estados diferentes.

3.1.3 El concepto de Establecimiento

Ya que la esfera de aplicación de la Convención de Viena de 1980, de acuerdo con su artículo 1, está determinada por la ubicación del “establecimiento” de las partes

³¹ Artículo 1

³² Artículo 1

contratantes en la Compraventa, excluyendo otros elementos tradicionales en este tipo de regulaciones, como lo son el domicilio,³³ la nacionalidad de los contratantes, o la necesidad del traslado físico de las mercaderías que son objeto del contrato³⁴ es imprescindible profundizar en el significado de este concepto.

Siguiendo la tradición propia de las normatividades internacionales tendientes a una armonización, la CISG no define qué es establecimiento, a pesar de ser eje fundamental de la misma,³⁵ Pero, como a título de ensayo de definición en los términos de la CISG,³⁶ podemos decir que éste consiste en aquel lugar permanente en el que los contratantes se dedican a los negocios.³⁷

³³ Este último no está tan olvidado, ya que el criterio del establecimiento, tiene grandes similitudes con el concepto general de domicilio, como atributo de la personalidad natural.

³⁴ Así imaginémos un negocio en el cual, dos partes negocian en Colombia mediante sucursales, con bienes ubicados físicamente en Colombia, pero cuyo establecimiento se ubicaba en Argentina e Italia, respectivamente; en este caso el negocio se formo y se celebro en Colombia, en incluso surtió efectos en Colombia, pero es regulado por la CISG, por cuanto las partes suscriptoras tenían sus establecimientos en lugares distintos

³⁵ Durante la aprobación del artículo 1, se distinguieron varias posiciones respecto a la noción en estudio: por una parte (como para las delegaciones Belga y Argentina) se consideró como establecimiento de una empresa la sede de negocios fija en la que la empresa ejercite la totalidad o una parte de su actividad y se le ha reconocido poder autónomo de negociar y concluir contratos de compraventa; para otros (tal es el caso de la comisión noruega) partiendo de un acuerdo respecto a que se tratase de una sede de negocios, rechazan la necesidad de verificar si se le ha reconocido el poder autónomo de celebrara contratos de compraventa, bastando que esté dotada de los poderes de dirigir negociaciones.

³⁶ Para algunos autores ante la ausencia de definición en la CISG “la noción jurídica de establecimiento deberá buscarse en el Derecho nacional que resulte aplicable conforme a las normas del conflicto de leyes.” VISCASILLAS, Maria del Pilar. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980). Disponible en [Http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblo/perales1-01.html](http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblo/perales1-01.html) visitada el 20 de Septiembre de 2002.

³⁷ En concordancia con esta definición la jurisprudencia alemana consideró que en el caso de un productor de pisos alemán que contrato con una compañía situada en España, a través de una tercera ubicada igualmente en territorio Español. El vendedor demando al comprador español por el pago de las mercaderías enviadas. El juez considero que el problema jurídico se reduce a si el contrato de compraventa se encuentra o no regulado por la CISG teniendo en cuenta que las negociaciones y órdenes de compra entre vendedor alemán y el comprador español, se hicieron a través de la tercera compañía, la cual según el demandado, era representante del vendedor en territorio español. La Corte analiza entonces si esta tercera compañía era realmente “representante” del demandante, estableciendo que esta pudo haber actuado como tal, pero que legalmente no era, ya que no tenía la facultad de obligar al fabricante alemán. Argumento que un establecimiento existe, si una parte lo utiliza abiertamente para participar en distintas transacciones, lo que significa que este no puede ser temporal y debe gozar cierto grado de independencia. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html> visitada el 20 de Septiembre de 2002.

Esta definición permite identificar los elementos básicos del concepto de establecimiento: la permanencia y la habitualidad, términos bastantes similares a los que se utilizan para el domicilio general de las personas en nuestro ordenamiento. No se tendrá por establecimiento, la ubicación temporal y repentina de un contratante en un país determinado, ya que no es allí desde donde generalmente maneja sus negocios, sino desde algún otro lugar el que se tome como tal.

Al respecto, la normatividad colombiana, el Código de Comercio de 1971, en su segundo libro, regula lo relativo al Establecimiento de Comercio, e incluye el establecimiento de comercio en la categoría de Bienes Mercantiles. Lo define como “el conjunto de bienes organizados para la realización de los fines de la empresa”³⁸ que pertenece a alguien determinado, el propietario del mismo, o auxiliares de este, quienes deben ejercer actividades que la ley considere mercantiles de forma permanente y habitual. Dado su carácter de bien mercantil, es objeto del tráfico jurídico,³⁹ y de ningún modo, criterio definidor para la aplicación material de una normatividad, que es su función primordial en la CISG.

Por el contrario, la definición convencional de establecimiento le otorga un papel meramente geográfico o territorial; su fin es determinar la aplicación de la Convención y el sentido de su contenido, podría ser la equiparación que se produce por vía legal entre el domicilio del comerciante y el establecimiento, entendido como el sitio donde estuviere el centro de las operaciones mercantiles.⁴⁰

En suma, usándose en Colombia la expresión “establecimiento” para referirse a los comerciantes y a las empresas, pero no a los sujetos de carácter civil, podemos hablar de una diferencia conceptual que conlleva a afirmar que el único punto de conexión entre el ordenamiento colombiano general y el de la CISG, en cuanto a este aspecto, sea el relativo al domicilio general de carácter civil.⁴¹

³⁸ Art. 515 del Código de Comercio Colombiano.

³⁹ Puede ser objeto de distintos negocios jurídicos como la anticresis, la venta, la prenda y el arriendo. Art. 533 del Código de Comercio.

⁴⁰ BONILLA REYES, Julio Enrique. De los Establecimientos de Comercio. Inédito. Bogotá. 1997. Pág. 9.

⁴¹ Entendido por el artículo. 76 del código civil como “La residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella” tratándose de personas naturales. Respecto de las personas jurídicas, para algunos autores las mismas no pueden tener un domicilio por cuanto no residen, no viven, en ninguna parte y por que no pueden tener un ánimo de permanecer en una residencia; sin embargo, esta posición se aleja de la realidad, por cuanto es evidente que el avance de sus actividades o de su objeto social se desarrolla en un lugar específico, ya que es menester que los terceros identifiquen un sitio para cumplir y exigir el cumplimiento de las obligaciones que entre ellos se presenten; de donde es posible afirmar sin lugar a dudas que las personas jurídicas tienen un domicilio, más aún cuando en Colombia, este tipo de sujetos de derecho gozan de atributos de la personalidad que les son aplicables según su propia naturaleza.

3.1.3.1 Pluralidad de Establecimientos (Art. 10)

En el campo de aplicación de la CISG, es un problema de importancia práctica el que se presenta cuando el vendedor y/o el comprador tiene(n) más de un establecimiento en los términos de la Convención de Viena.

La solución en principio sería simple y consistiría en escoger como establecimiento, aquel que guardara mayor relación con los fines del contrato y su cumplimiento, tal como lo establece el artículo 10 de la Convención. Pero, en el caso de existir varios establecimientos que parezcan compartir estas características, ¿cuál ha de tomarse?

La CISG brinda la solución al establecer que se tomarán en cuenta los términos fácticos conocidos por los celebrantes al momento de realizar la estipulación, o aquellos que estuvieran en capacidad de ser conocidos por los mismos.⁴²

A este respecto la Jurisprudencia Norteamericana dirimió en Julio de 2001 el conflicto suscitado entre un comprador norteamericano quien demandó a un vendedor canadiense por el incumplimiento en el envío de componentes electrónicos objeto del contrato de compraventa celebrado entre las partes. El Comprador tenía su principal establecimiento en California, Estados Unidos, y el vendedor, aún cuando sus oficinas principales se encontraban en Canadá, contaba con dos oficinas en los Estados Unidos; adicionalmente, sus productos eran vendidos en California a través de un distribuidor autorizado para Norte América, con quien se realizaron las negociaciones. Ante la variedad de establecimientos tanto en Estados Unidos como en Canadá, había que precisar cuál de ellos era el de mayor relación con el contrato y de esta manera determinar la aplicación o no de la Convención.

El comprador argumentó que las ordenes de compra habían sido dirigidas por él al distribuidor en Estados Unidos, que a su juicio, actuaba como “agente” del vendedor, y que los contactos del comprador con el distribuidor señalaban a los Estados Unidos como establecimiento para los efectos de este contrato, por lo cual no era aplicable, en su opinión, la Convención, al no tratarse de establecimientos en Estados diferentes. El comprador, sin embargo, no probó ante la Corte la calidad de “agente” del distribuidor, ya que no aportó ningún soporte legal de su afirmación y por el contrario, la Corte estimó que un distribuidor de mercaderías para la reventa no era normalmente tratado como agente. Después de hacer un análisis de la naturaleza y alcances de la figura, la Corte concluyó que la presencia de dicho distribuidor en la celebración y ejecución del contrato no lo convertía en un establecimiento del fabricante. En esa medida, se concluyó que el establecimiento principal del vendedor era el que tenía una relación más cercana al contrato y que, además, llevándose la ejecución del mismo en Canadá, era aplicable la Convención.⁴³

⁴³ Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010727u1.html> visitada el 22 de Septiembre de 2002

Estas situaciones no son ajenas a nuestro ordenamiento ya que, puede suceder que una persona cuente con varias circunstancias constitutivas de domicilio civil en varios lugares del territorio; en este caso, de acuerdo con el artículo 83 del C. C. “se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”. La aplicación de esta disposición está supeditada a la coexistencia de los dos elementos constitutivos del domicilio: residencia y ánimo de permanencia.

Piénsese el caso de la persona que reside regularmente en Cali puesto que tiene una comercializadora de gas propano en dicha ciudad, pero igualmente, por temporadas del año, viaja a Bogotá a atender a su familia y una fábrica de cerámicas que se encuentra abriendo su mercado en la zona andina; esta persona tendría varios domicilios conforme a la presunción del artículo 80 del Código Civil. Pero, si nuestro comerciante decide celebrar un contrato de compraventa de cerámicas con un comprador de la ciudad de Medellín, se entenderá que el domicilio del vendedor es Bogotá, por cuanto el objeto del contrato tiene una relación especial con la ciudad de Bogotá exclusivamente.

3.1.3.2 Ausencia de Establecimiento

El artículo 84 del C. C., soluciona la hipótesis de la carencia de domicilio, frente a la cual “la mera residencia hará las veces de domicilio...”, entendiéndose por residencia el asiento de hecho, es decir, el lugar donde habitualmente vive una persona. Vg., un agente viajero compra un carro en la ciudad de Bogotá, por cuanto va a permanecer en la ciudad por un período de tres meses; su carencia de domicilio sería suplida con su mera residencia transitoria en la ciudad de Bogotá.

Por su parte el numeral 2 del artículo 10 de la Convención, contempla al igual que el ordenamiento colombiano dicha hipótesis; situación fácilmente presentable si se tiene en cuenta que la mayoría de los contratos internacionales son celebrados por comerciantes que cuentan efectivamente con un establecimiento, pero ocasionalmente una persona que no cuente con un establecimiento plenamente determinado puede contratar una compraventa internacional, caso en el cual a la luz de la convención su simple residencia haría las veces de establecimiento.

3.1.4 El Concepto de Mercaderías

En lo relativo al objeto de la compraventa, debe resaltarse que la Convención de Viena regula específicamente la compraventa internacional de *mercaderías*, siendo este concepto básico para su desarrollo, pese a no estar definido en la Convención.

Es así, como nos vemos obligados a ensayar una definición teniendo en cuenta los antecedentes históricos y normativos de la CISG, en especial LUCI, que limitaba el ámbito de su aplicación a los bienes muebles corporales.⁴⁴

⁴⁴ Artículo 5: “1. La presente Ley no se aplicará a las ventas:

De acciones, valores de inversión, títulos de crédito o moneda.

A efectos de la Convención, se pueden considerar como mercaderías, todas las cosas corporales de naturaleza mueble,⁴⁵ que no estén en el ámbito de las exclusiones reconocidas por la misma.

Para aclarar los conceptos, es válido señalar que el Código Civil colombiano en su artículo 653, establece que los bienes consisten en cosas *corporales o incorporales*. Las primeras son aquellas cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, o un libro. Es decir, son cosas materiales que tienen un lugar en el espacio, y son susceptibles, de apropiación por parte del hombre; a su vez se dividen en: muebles e inmuebles.⁴⁶

Para efectos de la CISG, y en concordancia con la definición dada, solo se consideran como mercaderías, los bienes muebles corporales, y de ningún modo los inmuebles.

En este orden de ideas, es pertinente resaltar, que la movilidad en los términos de la Convención, debe darse al momento de producción de los efectos del contrato, y no al momento de celebración del mismo por lo que se podría estipular sobre cosas que no son muebles al momento de celebrar el contrato, pero que con toda seguridad lo serán al momento de realizarse la entrega.⁴⁷

En cuanto al ordenamiento colombiano, debe decirse que no es común la referencia a la expresión de *mercaderías*; aún así, siendo éste un vocablo relativo al comercio se

De buques, embarcaciones o aeronaves que en el presente o en el futuro estén sujetas a registro,

De electricidad.

De ventas judiciales...”

⁴⁵ Creemos que esta concepción obedece a lo pretendido por la Comisión redactora de la Convención, dado que las tradiciones jurídicas de los participantes en la elaboración de la CISG, son diametralmente diferentes en el tema de las negociaciones sobre bienes inmuebles. Por lo que esta clase de bienes, fue omitida de forma deliberada de su ámbito de aplicación material, y se deja este tema al resorte del legislador interno, por cuanto puede llegar a considerado para algunos países como de orden público.

⁴⁶ Los muebles, son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismos, como los animales, sea que se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas (artículo 655 C.C). Los inmuebles son aquellos bienes que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y los que adhieren permanentemente a ellos, como los edificios, los árboles (artículo 656 C.C).

⁴⁷ Piénsese en el caso de un comerciante venezolano que planea importar arroz de Vietnam, al celebrarse el contrato, las mercaderías estaban en cosecha, pero para la fecha de entrega de la misma ya se trataba de mercancías individualizadas en bultos de arroz.

entiende que haya referencias de él en el Código de Comercio⁴⁸ y ausencia de referencias dentro del Estatuto Civil.

A este respecto, tanto la ley como la doctrina de nuestro país,⁴⁹ difieren del ámbito de aplicación de la CISG, al determinar que todas las cosas pueden ser objeto de una compraventa, sin importar su corporalidad,⁵⁰ siempre que su enajenación no este prohibida de algún modo por la ley, y cumpla con los requisitos exigidos por el ordenamiento para que la cosa sea vendible.

Dentro del Código Civil, se permite la venta de cosas incorporales, y éstas consisten en meros derechos, es decir, aquellos que tienen una existencia abstracta, no perceptible por los sentidos, pero que frente a los cuales pueden recaer los mismos derechos que sobre las cosas corporales, y como tal ser parte de un patrimonio. Las cosas incorporales son derechos reales o personales (artículo 664 C.C).⁵¹

Frente al tema de las cosas incorporales, sin importar si son derechos reales o personales, *Vg. los derechos de propiedad intelectual, la electricidad, los créditos, etc,* consideramos que estos no cabrían en la definición de mercaderías.

Lo anterior, pues pese a que en el ámbito interno son validamente considerados como objetos para el contrato de compraventa, no podrían serlo para la Convención de Viena, pues esta delimita claramente su margen de aplicación, sobre los bienes muebles corporales.

Consideramos la anterior exclusión como adecuada, pues por la especificidad reconocida a los tratados internacionales, y a la legislación en general, existen otros instrumentos

⁴⁸ En el estatuto mercantil, la expresión mercancías o mercaderías se usada de un modo indiscriminado, pero se define única y exclusivamente en lo relativo al Transporte de Mercancías bajo Conocimiento en el artículo 1634. Sin embargo, el Código es claro determinando que dicha definición se hace para los efectos de esa sección particular del mismo. Por lo anterior concluimos que no puede aplicarse de manera extensiva al contrato de compraventa

⁴⁹ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Editorial Temis. Bogotá, 1998; VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Contratos, Editorial Temis. Bogotá, 1997.

⁵⁰ El artículo 1866 del Código Civil establece que “pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no este prohibida por la ley”.

⁵¹ Los reales representan el poder que tiene una persona sobre una cosa, derecho que debe ser respetado por todos; entre estos derechos encontramos el derecho de uso, usufructo, prenda, servidumbre.

Los personales son los que solo se pueden reclamar a ciertas personas, quienes han adquirido obligaciones frente a estos bienes, bien sea por si mismos o por mandato de la ley, por ejemplo el derecho que tienen los hijos frente a sus padres por alimentos.

internacionales, que regulan lo relativo a la transferencia de la propiedad sobre este tipo de bienes, por lo tanto la regulación de la Convención no les es aplicable.⁵²

En este sentido, se pronunció la jurisprudencia, cuando con ocasión de un análisis de mercados prestado por una compañía suiza, a una alemana, se celebró un contrato de compraventa de servicios. En este evento, el comprador se negó a pagar lo establecido, señalando que el análisis no cumplía con las condiciones establecidas por las partes. Un tribunal alemán expuso que la CISG no era aplicable, pues el contrato que dio lugar a la controversia, no era de compraventa de mercaderías, sino de producción de bienes, más concretamente de prestación de servicios, y el objeto de este contrato, no era nada distinto que unas ideas o apreciaciones en particular, que la compañía tenía sobre un producto y su introducción en un mercado específico, o sea que eran derechos inherentes a la propiedad intelectual, ideas o maquinaciones intelectuales; además, el Tribunal consideró que la propiedad sobre las mismas no se traspasó, pues el reporte escrito del análisis, no cumple esa función. Por estas razones, el Tribunal consideró que el acuerdo para realizar un análisis de mercado, no era en ningún momento, una compraventa de mercaderías en los términos de los artículos 1 y 3 de la CISG y que, por tanto, no procedía su aplicación.⁵³

3.2. Aplicación Directa de la Convención (Art. 1 a)

La aplicación directa de la convención viene enmarcada en el apartado 1. a) de su artículo primero, que prevé que la CISG se aplicará si los Estados en que las partes tienen sus establecimientos son Estados contratantes.

La aplicación directa de la Convención se produce cuando ambas partes contratantes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, que sean parte de la Convención.⁵⁴ Así

⁵² A estos fines, se pueden mencionar entre otros, Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992), Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995), Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001), los Tratados de Montevideo, la Convención de Berna, la Conferencia Diplomática de Ginebra, el Tratado sobre el Registro Internacional de obras Audiovisuales. Para mayor información, consúltese LIPSZYC, Delia, Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 1993.

⁵³ Tribunal de Apelaciones de Colonia, Alemania del 26 de Agosto de 1994. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html> visitada el día 25 de septiembre de 2002.

⁵⁴ Según la pagina Web oficial de la UNCITRAL, www.uncitral.org. Visitada el día 12 de noviembre de 2002, son partes de la Convención, los siguientes países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guinea, Honduras, Hungría, Irak, Islandia, Israel, Italia, Kirguiz tan, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, República Árabe de Siria,

por ejemplo, un empresario español compra 1000 máquinas a un empresario argentino; a falta de acuerdo en contrario, la Convención de Viena devendrá aplicable al contrato porque tanto España como Argentina son Estados parte de la Convención.

3.3. Aplicación mediata de la Convención (Art. 1 b)

Por un lado, La CISG limitó su aplicabilidad a los asuntos en que los contratantes tuvieran sus establecimientos en Estados diferentes, rechazando así, el principio de universalidad presente en los Convenios de la Haya; pero, por otro lado, la misma quiso ampliar su campo de acción a toda compraventa internacional cuando las normas de derecho internacional privado (normas de conflicto) dispusieran la aplicación de la ley de un Estado parte de la Convención, según lo prevé el Art. 1.1.b).⁵⁵

La aplicación por esta vía será mediante las reglas de derecho internacional privado que remitan a la ley de un Estado Contratante.⁵⁶ Esta situación se presenta, incluso cuando ninguna de las partes en el contrato tenga su establecimiento en un Estado contratante; la Convención se aplica si las normas de derecho internacional privado del foro remiten a la ley de un Estado que si es parte en la Convención.

También nos encontraríamos ante la aplicación mediata de la Convención, cuando las partes dispongan en el contrato que se aplicará la ley de un tercer Estado, parte de la Convención, aún cuando las partes no hayan manifestado expresamente que la ley aplicable será la CISG.⁵⁷

Por un lado, La Convención limitó su aplicabilidad a los asuntos en que los contratantes tuvieran sus establecimientos en Estados diferentes, rechazando así, el principio de universalidad presente en los Convenios de la Haya; pero, por otro lado, la misma quiso ampliar su campo de acción a toda compraventa internacional cuando las normas de

República Checa, República de Moldavia, Rumania, San Vicente, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia, Uganda.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. *La Compraventa Internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995; DIEZ, Picazo Luis y PONCE, León. *La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Editorial Civitas. Madrid.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de junio de 1999. Conflicto de competencia que se resuelve por la Convención en virtud de la remisión al derecho español que hace el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/dppr03.html visitada el 8 de octubre de 2002.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, de 24 de abril de 2000, www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/rargen10.htm visitada el 8 de octubre de 2002

⁵⁷ *Ibidem*.

derecho internacional privado (normas de conflicto) dispusieran la aplicación de la ley de un Estado parte de la Convención, según lo prevé el Art. 1.1.b).⁵⁸

La aplicación por esta vía será mediante las reglas de derecho internacional privado que remitan a la ley de un Estado Contratante.⁵⁹ Esta situación se presenta, incluso cuando ninguna de las partes en el contrato tenga su establecimiento en un Estado contratante; la Convención se aplica si las normas de derecho internacional privado del foro remiten a la ley de un Estado que si es parte en la Convención.

También nos encontraríamos ante la aplicación mediata de la Convención, cuando las partes dispongan en el contrato que se aplicará la ley de un tercer Estado, parte de la Convención, aún cuando las partes no hayan manifestado expresamente que la ley aplicable será la CISG.⁶⁰

Sin embargo, la Convención da la opción de no aplicar el Art. 1.1.b), en virtud del Art. 95 de la misma, que establece que “*todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención*”.. Normalmente, si se celebra un contrato de compraventa entre un comerciante de un Estado parte (Colombia) y otro que no lo es y las normas de conflicto remiten a la ley del Estado parte, entonces se aplicará la Convención (Art. 1.1)b)), pero según lo dispuesto en el artículo 95 de la CISG, si por ejemplo China, que ha realizado esta reserva, celebra un contrato de compraventa con un comerciante de un Estado que no forma parte de la Convención, y las normas de conflicto remiten a la Ley del Estado de China, se aplicará la legislación interna de este País y no la Convención.

Así las cosas, la CISG posee eficacia inter partes o *erga omnes*, según si el Estado ante el que se diriman las cuestiones haya formulado la reserva o no,⁶¹ pues si el Estado en mención ha formulado la reserva, la Convención solamente se aplicará a las situaciones previstas en el apartado 1.1.a); cuando se esté ante la situación del apartado 1.b) del

⁵⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. La Compraventa Internacional. Editorial Tecnos, Madrid, 1995; DIEZ, Picazo Luis y PONCE, León. La Compraventa Internacional De Mercaderías. Editorial Civitas. Madrid.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de junio de 1999. Conflicto de competencia que se resuelve por la Convención en virtud de la remisión al derecho español que hace el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/dppr03.html visitada el 8 de octubre de 2002.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, de 24 de abril de 2000, www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/rargen10.htm visitada el 8 de octubre de 2002

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem* 50.

Art.1 (como se ha hecho la reserva) y las normas de derecho internacional privado designen la ley de ese Estado, se remitirá a su derecho interno.⁶²

3.4. Exclusiones al ámbito de Aplicación.

De manera expresa los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Convención excluyen del ámbito de aplicación de la misma, ciertos aspectos del contrato de compraventa como negocio jurídico y algunas compraventas en particular. Corresponde en este acápite de nuestro trabajo, ocuparnos de dichas exclusiones, comprendiendo su contenido y su razón de ser.

Para empezar, las exclusiones que hace la Convención, en el artículo 2º responden a tres criterios fundamentales:

- La finalidad con la cual se hace el contrato: en atención a este criterio, la Convención no regula la compra de mercaderías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico, excluyendo por ende las llamadas relaciones de consumo. (Artículo 2a).
- El procedimiento por el cual se llevan a cabo: se excluyen así las compraventas realizadas a través de subastas judiciales o ventas por ministerio de la ley. (Artículo 2 b).
- Los objetos sobre los cuales recae la compraventa: quedan excluidas las compraventas que recaen sobre buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves y electricidad (Art 2c, 2d y 2e).

Los artículos 3, 4 y 5, en cambio, se elaboraron desde perspectivas diversas, cuales fueron:

- La distinción del contrato de compraventa con dos contratos en particular: el de suministro y el de prestación de servicios. Se excluyen del ámbito de aplicación de la Convención los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas en los eventos en que la parte que encarga las mercaderías asume la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para su manufactura o producción. Así mismo, la Convención tampoco se aplica a los contratos en los que el contenido principal de las obligaciones de la parte que proporciona las mercaderías consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Teniendo en cuenta que las anteriores exclusiones implican aplicaciones extensivas de la Convención, el análisis de las mismas se hará en el acápite respectivo. (Artículo 3).
- La validez y los efectos del contrato (Artículo 4). La Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones que se deriven para el vendedor y el comprador. Salvo disposición expresa en contrario, la Convención no concierne ni la validez del contrato, de sus estipulaciones, o de algún

⁶² HONNOLD, John O. Ob. Cit.

uso, como tampoco los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

- Los daños que se causen a personas con ocasión o en desarrollo del contrato de compraventa. (Artículo 5)

3.4.1. Relaciones de Consumo (Art. 2 a)

En cuanto a esta exclusión, la doctrina es unánime al explicar que se debe al hecho de que, en la actualidad, los países consagran en sus ordenamientos normas especiales, protectoras de los consumidores, que revisten el carácter de orden público y que, en esa medida, presentan pocas posibilidades de flexibilización.

Las disposiciones protectoras del consumidor se dirigen a un grupo diverso de aquel para el cual, en términos prácticos, está dirigida la Convención, es decir, para los comerciantes. Pero además son normas que, dada su misma naturaleza protectora frente a los consumidores, reñirían frecuentemente con otros ordenamientos, que en mayor, menor o diversa medida son protectores de esta clase de sujetos contractuales.

La exclusión de los consumidores es, en nuestro sentir, uno de los argumentos que nos permite afirmar que si, en su articulado, la Convención pretende no distinguir los comerciantes de aquellas personas que no los son, en la práctica este instrumento está dirigido al gobierno de relaciones entre los primeros, en cuanto operadores comunes y permanentes del comercio internacional.

3.4.2. Ventas por Ministerio de la Justicia (Art. 2 b)

Son aquellas que se llevan a cabo no por la libre voluntad del vendedor, sino a través de una orden judicial sustentada o legitimada en disposiciones legales y resultante de un trámite procesal efectuado en forma previa. Es el caso de las subastas y las ventas realizadas por orden judicial, compraventas especiales que, en Colombia y en otros países, se rigen por normas de orden público.

3.4.3. Buques y Aeronaves (Art. 2 c y d)

La exclusión de compraventas de buques y aeronaves, obedece principalmente a la naturaleza de estos bienes, pues mientras en nuestro país, el tratamiento que se les da es similar al de la compraventa de inmuebles, en otros lugares se les trata como muebles, y, en unos casos incluso, se les da un tratamiento totalmente diverso y especial.

Por esta razón se decidió dejar al resorte interno de cada legislación, lo relativo a la transferencia de la propiedad de dichos bienes, mientras que, lo pertinente a las

condiciones comerciales en que habrán de realizar dicha actividad, si ha sido objeto de regulaciones internacionales particulares.⁶³

Teniendo en cuenta las anteriores apreciaciones, puede entenderse entonces porqué unificar tales asuntos no resultaba pertinente ni conveniente para la CISG. En verdad, incluir aspectos en los cuales existieran divergencias profundas de conceptualización y de tratamiento hubiera causado dificultades sustanciales en la aplicación de la Convención y hubiera reñido por tanto con su deseo de universal aceptación.

3.4.4 Venta de Electricidad (Art. 2 e)

En lo que la exclusión expresa de la compraventa de electricidad se refiere, ello ocurre debido a que, contrariamente a lo que sucede en nuestro derecho donde la electricidad se encuentra claramente clasificada como una cosa mueble material, la naturaleza corporal o incorporal de este bien, se discute aún en muchos sistemas jurídicos participantes en la redacción de la CISG. Esta exclusión, sin embargo, reviste de gran importancia, dado que la electricidad es un bien susceptible de apropiación y constituye el objeto de numerosas contrataciones a nivel internacional.

3.4.5. Validez del Contrato (Art. 4 a)

Si bien la Convención no señala qué debe entenderse por el término de validez, debemos saber que doctrinariamente, y en Colombia particularmente, la validez de un contrato está dada por el cumplimiento de requisitos referidos a capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. Las personas capaces para contratar, las incapacidades absolutas y las incapacidades relativas, el error, la fuerza o el dolo, los objetos de libre comercio y las causas que llevan a las personas a concluir un determinado contrato son aspectos que incluimos dentro del concepto de validez del contrato y que por ende no están regulados por la Convención. Estos son puntos que en últimas se traducen en la existencia, validez y eficacia del contrato y que corresponden al orden público de cada Estado continuando a estar regulados por cada uno de los regímenes internos y las normas de conflicto de leyes son aplicables.

⁶³ A guisa de ejemplo, se pueden mencionar en el ámbito interno, el título II, Libro III del Código de Comercio Colombiano o la Orden PRE/862/2002, de 11 de abril, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas modificaciones en el procedimiento para la concesión de avales del Estado a operaciones de inversión destinadas a la adquisición de buques por empresas navieras domiciliadas en España, aprobado por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 24 de febrero de 2000. Con relación a la regulación mercantil internacional, es válido mencionar el notable esfuerzo realizado por la CNUDMI, con la promulgación de documentos tales como: Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 ("Reglas de Hamburgo"), Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991).

3.4.6. Efectos sobre la Propiedad (Art. 4 b)

En lo que se refiere al efecto último del contrato de compraventa, es decir, la transferencia de la propiedad, es importante observar que si bien la convención dispone mandatos específicos sobre eventuales conflictos, que en nuestro ordenamiento se resuelven según la persona que en determinado momento sea titular del dominio del objeto de la compraventa (nos referimos aquí a aspectos como la transmisión del riesgo, la obligación del vendedor de entregar los bienes libres de derechos y pretensiones de terceros, el deber de conservación de las mercaderías y la obligación de procurar una posesión pacífica), la CISG no determina nada sobre este último aspecto referido, en el sentido de que no señala los efectos que ha de tener la compraventa sobre la propiedad de las mercancías.

Así mismo, a pesar de que la Convención establece claramente que es obligación del vendedor transmitir la propiedad, no señala en ninguno de sus artículos los mecanismos que habrán de emplearse para dichos efectos. Y ello se entiende nuevamente por las divergencias existentes en los diversos sistemas jurídicos que, con la suscripción de la Convención, intentan matizar diferencias y evitar conflictos a la hora de la contratación internacional, pero que en ningún momento pretenden, acogiendo verbigracia sistemas de título y modo, renunciar a su tradición jurídica.

3.4.7. Daños a Personas por el Hecho de las mercaderías (Art. 5)

La Convención es un instrumento internacional cuya destinación objetiva es la compraventa, más no la responsabilidad que pueda surgir por los hechos que, con ocasión de su celebración o ejecución, sucedan a determinadas personas por los objetos involucrados en la compraventa. En este sentido, la CISG excluye de su ámbito de aplicación la responsabilidad por el hecho de las cosas evitando así el conflicto con las legislaciones internas que normalmente regulan la materia⁶⁴ y respetando también otras normativas de carácter internacional que regulan este tema específicamente, verbigracia la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985.

Para ser más claros, con motivo de la celebración de un contrato puede haber lugar a dos tipos de responsabilidades: una relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Otra, que se da con ocasión o en desarrollo del contrato pero al margen de su contenido negocial. Así, la responsabilidad que contempla la Convención es la directamente relacionada con los elementos y finalidades de contrato objeto de su regulación como por ejemplo, los efectos que se derivan del no pago o la no entrega de las mercancías. Contrariamente, aquellas situaciones que se presentan alrededor del contrato (con ocasión del mismo como negocio jurídico, pero ajeno a este

⁶⁴ DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena, Comentario de ROJO AJURIA, Luis, Art. 5, Editorial Chivitas S.A., Pág. 87 y ss, Madrid, 1998

como tal) conlleva otro tipo de responsabilidad excluida por la Convención en su Art. 5 y denominada extracontractual. Este último tipo de responsabilidad puede hallar sus fuentes en la ley, el delito o el cuasi delito como por ejemplo el caso del artículo 2350 del C.C. (daños ocasionados por la ruina de un edificio)⁶⁵

En el ordenamiento interno colombiano, la responsabilidad por el hecho de las cosas es una manifestación de una tendencia clara del derecho de la responsabilidad, según la cual la obligación de reparar surge no sólo como consecuencia de los actos del sujeto, sino por los actos que realizan sus dependientes, o por los hechos que, dada su omisión de cuidado, se produzcan previa participación de las cosas que tiene bajo su dominio, o que se encuentran para su servicio; por esta razón, la responsabilidad por el hecho de las cosas lleva de suyo, una presunción de culpabilidad, que corresponde desvirtuar al presunto responsable, a fin de que no se vea obligado a responder. Esta última modalidad de responsabilidad se encuentra fundamentada, en la falta de cuidado del dueño, tenedor, o poseedor de una cosa, pues siempre ha de mantener y vigilar el buen estado de las cosas para que no causen daño ya que produciéndose éste, se presume que se debió a que no se empleó el cuidado o la vigilancia debida.⁶⁶

La aludida responsabilidad es casi objetiva, pues el ordenamiento colombiano no incluye en su contenido, una disposición que indique que si el obligado a indemnizar, demuestra su cuidado o diligencia en el manejo de la cosa que causó el daño, se eximirá de su obligación.

Lo adecuado sería aceptar que el trípode de la responsabilidad se rompe demostrando que el hecho de las cosas, no fue la causa del daño, fuente de la obligación de indemnizar, y que, en todo caso, con o sin el hecho de las cosas, el daño se hubiera producido.

Para terminar, a nivel doctrinario se ha señalado que este tipo de responsabilidad, no tiene un principio general que permita acomodar los diferentes supuestos de responsabilidad por el hecho de las cosas dentro de ella, por lo que solamente está presupuestada para tres casos taxativos,⁶⁷ a saber:

⁶⁵ DICCIONARIO JURIDICO ARGENTINO, “La culpa cuasidelictual no constituye una noción distinta de la culpa llamada contractual, que sobreviene en el curso del cumplimiento de una obligación preexistente. Lo que ocurre es que una conducta, en si misma idéntica, recibe un tratamiento jurídico diferente en área contractual o extracontractual. En esta última el acto de culpa aparece como la omisión de diligencias apropiadas que exigía la naturaleza de la actividad practicada y que correspondían a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, para evitar el daño ajeno.” http://tododeiure.host.sk/diccionarios/juridico_c28.htm, página visitada el día 5 de diciembre de 2002. Ver Sentencia de febrero 22 de 1995, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas, expediente No. 4345

⁶⁶ Esta presunción favorece a la víctima, por la que la exime de probar la culpa, como integrante de la responsabilidad, y quedando en cabeza del dueño de las cosas, el probar el eximente de responsabilidad.

⁶⁷ Toda vez que la responsabilidad no se puede derivar por analogía, por lo que a falta de principio general que permita una interpretación extensiva, solo caben estos tres casos de forma taxativa.

- ◆ Daños ocasionados por la ruina de un edificio (Art. 2350 Código Civil.)
- ◆ Daños causados por un animal (Art. 2354). Código Civil.)
- ◆ El daño causado por una cosa que se arroja de la parte superior de un edificio (Art. 2355 Código Civil.)

3.5. Aplicación Extensiva (Art. 3)

El artículo 3.1 de la Convención de Viena, señala casos en que la CISG debe aplicarse a relaciones jurídicas que no tengan el carácter de compraventa internacional, como es el caso de arrendamiento de servicios para la confección de obra material, denominado en la convención como suministro.

A su vez el artículo 3.2 menciona con una redacción basada en una lógica contraria, que la CISG ha de aplicarse a los contratos, en los que la prestación principal a cargo del artífice no consista en suministrar mano de obra u otros servicios.

Así las cosas, en el artículo 3.1, la CISG no solo amplía su campo de aplicación material a relaciones que en principio no se deberían regir por la CISG, sino que además cualifica las mismas, por cuanto que señala que para recaer sobre ellas, "no deben ser de aquellas en que el vendedor se obliga a proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para fabricarlas".⁶⁸

Esta exclusión proveniente de LUCI,⁶⁹ presenta una enorme dificultad práctica, pues la CISG no define de manera expresa qué ha de entenderse por sustancial, por lo que corresponde al criterio del intérprete, la calificación de esta denominación, siguiendo los parámetros señalados por el preámbulo de la Convención de Viena.

A este fin, se puede señalar que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se dice que la voz sustancial es *lo esencial y más importante de una cosa*; luego este criterio, implica una valoración pecuniaria de los materiales suministrados por el comprador, a fin de que se determine comparativamente, si porcentualmente representan parte sustancial de los materiales utilizados en la fabricación de los productos encomendados.

Como se puede ver, esta extensión de la aplicación, debe ser calificada, y no opera para todos los contratos de este estilo; el ordenamiento jurídico colombiano, no es ajeno a este

⁶⁸ ADAME GODDARD, Jorge. El Contrato De Compraventa Internacional. Editorial Mc Graw Hill. México. 1994. Pág. 52. En igual sentido, OVIEDO ALBAN, Jorge. Campo De Aplicación Y Criterios De La Convención De Viena Para La Compraventa Internacional De Mercaderías. Publicado en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2000.

⁶⁹ Artículo 6 " Se asimilan a las ventas, para efectos de la presente ley, los contratos de entrega de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que ordene las mercancías asuma la obligación de proveer una parte esencial y sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

tipo de extensiones, pues así también se da en la permuta,⁷⁰ o al suministro,⁷¹ siempre y cuando sean aplicables, y no se desnaturalice la figura contractual encomendada.

Con relación a la posibilidad señalada por el artículo 3.1 de la CISG, aparece en el artículo 2053 del Código Civil, con relación al arrendamiento de servicios para la confección de obra material, se señala que :

- ◆ Si el artífice (encargado de elaborar la obra) suministra, la materia para la confección, el contrato es de compraventa.
- ◆ Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato será de arrendamiento.
- ◆ Si la materia principal es suministrada por el que ordenó la obra, es de arrendamiento de obra.

En esa medida, la diferencia es clara con lo establecido por la CISG, pues ésta señala que serán compraventas, los contratos en los cuales el comprador suministre el material necesario para su fabricación, a menos que la parte que las encargue se comprometa a proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para su manufactura o fabricación.

A su vez, el Código Civil Colombiano señala que, de darse la hipótesis contemplada por la CISG, se tratará de un contrato de arrendamiento, o se cualificará en un contrato de arrendamiento de obra.

Con relación a la posibilidad planteada por el artículo 3.2 de la CISG, se establece una exclusión absoluta de aplicación sin ninguna cualificación, pues no regirá para los casos en que la parte principal de las obligaciones del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios, es decir en los casos en que se suministran cosas, y además se obligan a prestar algunos servicios relativos al mantenimiento de las cosas fabricadas.⁷²

En este punto, surge el interrogante de qué se entiende como parte principal a instancias de la CISG, pues la misma no contiene dicha definición, o algún indicio que otorgue claridad al respecto. En nuestro criterio, sería necesario efectuar una comparación similar a la realizada a efectos del artículo 3.1 de la CISG. Para lo anterior, es válido señalar que, como se refiere a una parte principal, esto es relativo a lo esencial o fundamental,⁷³ implica una valoración distinta a la que se utiliza para el término sustancial, por cuanto las

⁷⁰ Artículo 1958 del Código Civil.

⁷¹ Artículo 980 del Código de Comercio.

⁷² Es clásico el ejemplo, de quien se obliga a vender unos equipos industriales, y de paso se compromete a realizarles mantenimiento o refaccionarlos con las piezas más avanzadas según la tecnología del momento.

⁷³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid. 1984.

cosas no subsisten sin su componente principal, por lo que creemos que lo principal se refiere a aquello que pecuniariamente representa más del 51 % del valor de las prestaciones conjuntas. Luego, en este sentido, si el valor de los servicios representa menos del 51 %, la CISG sería aplicable. Surge sin embargo una nueva pregunta, ¿ se aplica solo a la parte de la venta o conjuntamente a la parte de los servicios?

Creemos que en aras de especificidad de la Convención de Viena, habría de aplicarse conjuntamente solo en aquellos casos en que hubiera una relación de tal estrechez entre las dos prestaciones, que no permitiera escindirlas, sin desnaturalizar el contrato.⁷⁴

En este orden de ideas, si las prestaciones son separables, por simple lógica, y facilitando la uniformidad en la aplicación de la Convención, no se aplicaría a la parte correspondiente a los servicios, que serán regulados por las normas de conflicto interno correspondientes, y solo sería aplicable en el aspecto de la compraventa.

3.6. Autonomía de la Voluntad (Art. 6)

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 6, la Convención de Viena es un instrumento evidentemente dispositivo, razón por la cual puede ser objeto de exclusión total o parcial, por los participantes en la compraventa internacional.

La razón de la existencia de dicha facultad en cabeza de los particulares, va en consonancia con un principio directriz de la contratación internacional, como es el de la autonomía de la voluntad, según el cual las partes pueden escoger cual ha de ser el ordenamiento que ha de regir su relación jurídica, teniendo en cuenta, cual ha de ser la más ventajosa para sus intereses particulares.

Esta facultad es absoluta, por cuanto se puede limitar la aplicación de la convención, de forma fraccionada, excepcionando sus disposiciones o modificando sus efectos finales, o derogándola en su totalidad, esto último pese a la existencia de un derecho uniforme sobre el particular.⁷⁵

La existencia de esta figura tiene como antecedente lo preceptuado por LUF, que en su artículo 3 marcaba el carácter derogatorio de la voluntad de las partes sobre el derecho convencional.⁷⁶ Se puede ejercer la autonomía de la voluntad de dos modos: expresa o tácitamente; será expresa cuando las partes, por lo general mediante una cláusula de estilo, acuerdan que su relación no será regulada por la Convención de Viena, sin que sea obligatorio, el que se designe cual será la legislación aplicable, por lo que si se guarda silencio al respecto, la cuestión será definida por las leyes de derecho internacional privado.

⁷⁴ En este sentido, HONNOLD, John O. Ob Cit. Pág. 85.

⁷⁵ FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis y otro. Derecho Mercantil Internacional. Editorial Tecnos. Madrid. 1997. Pág. 568.

⁷⁶ Artículo 3: " Las partes pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la presente ley. Dicha exclusión puede ser expresa o tácita".

Frente a la exclusión tácita, LUCI admitía esta posibilidad, mientras que la actual regulación no la admite expresamente ni la desprecia, por lo que es menester, el que se haga un juicio valorativo por parte del intérprete, para que de acuerdo a la interpretación que se le den a los usos y actos de las partes, se determine si la CISG fue objeto de exclusión tácita o no.⁷⁷

En todo caso, la CISG no impone límite temporal alguno para realizar esta exclusión, pero lo más recomendable es que se haga al momento de las negociaciones, aunque nada obsta para que se realice una vez el contrato haya comenzado a desarrollarse.

En el ordenamiento colombiano, no hay tanta libertad en cuanto a la escogencia de la ley que habrá de gobernar una relación en particular, ora porque ha de ser regulada por la legislación civil ora porque la ley mercantil se encarga, sin que las partes puedan señalar por cuál de ellas quieren regirse.

Cosa distinta ocurre frente a los elementos accidentales de la compraventa,⁷⁸ en los cuales se manifiesta el imperio de la autonomía de la voluntad. Estos pueden ser objeto de cualquier estipulación, que gozará de plena validez, siempre que no sea violatorio del orden público o las buenas costumbres. Así, los contratos que contengan esta clase de estipulaciones, surtirán pleno efecto, y serán ley para las parte, a la luz del artículo 1602 del Código Civil.

Vista entonces que se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico interno, la posibilidad de excluir la aplicación de la ley nacional en los casos en que ha de regir, principalmente por sus caracteres de obligatoriedad y generalidad; y secundariamente, por que no existen otro tipo de normas aplicables a estas relaciones, como sí ocurre en el caso internacional, donde la utilización de las reglas de conflicto, puede determinar la aplicación de la ley de uno u otro territorio, que ha de ser plenamente reconocida en cuanto a sus efectos por los particulares.

En todo caso, el efecto claro de cualquier exclusión de la CISG, es que el contrato se regirá por las normas que determine el derecho internacional privado, o por el que las partes hubieran elegido, en caso de haberlo hecho.

4. Disposiciones Generales (Art. 7 – 13)

Los artículos 7 a 13 de la Convención establecen las “disposiciones generales”, relativas a los principios y reglas interpretativas de la CISG y del contrato, y el valor de los usos y de las prácticas comerciales de las partes. En las siguientes secciones analizamos las disposiciones generales referidas.

⁷⁷ BIANCA, Massimo, BONNELL, M.J. *Commentary On International Sales Law*. Milán. 1987. Pág. 9.

⁷⁸ Artículo 1501 del Código Civil.

4.1. Interpretación de la Convención

La interpretación es un procedimiento lógico consistente en “[...]desentrañar el sentido de una expresión [...]”⁷⁹; la labor interpretativa no se limita únicamente a indagar la voluntad del legislador, ni tampoco a un análisis netamente gramatical del texto legal, pues la significación de las palabras utilizadas, no se agota en su sentido lingüístico; además la labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos legales de general observancia, sino que puede hallarse dirigida al descubrimiento de normas individualizadas como por ejemplo, la interpretación de un contrato.

El proceso interpretativo puede referirse a la ley o al contrato en particular. En el primer caso, podemos hablar de una interpretación objetiva, donde tenemos que ceñirnos a las reglas establecidas por la norma y aplicarlas de igual forma a todos los eventos que se subsuman en el supuesto fáctico contemplado en la misma. Para el caso de los contratos, la interpretación en cambio, varía según el contenido del mismo, que revela la intención inicial de las partes

La Convención no contempla un método de interpretación, sino que para tal efecto nos remite a los principios que la nutren, a saber, su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional; por su parte, nuestra legislación cuenta con una serie de principios que la orientan, normas que regulan la interpretación de la ley y una serie de disposiciones que rigen la labor hermenéutica frente al contrato.

Para el caso de la interpretación de las normas, nuestro Código Civil, en su título preliminar, artículos 24 al 32, establece las pautas y diferentes formas de interpretación, determinando que es posible efectuar una interpretación auténtica, judicial, gramatical, literal, sistemática, extensiva y por equidad. También existen una serie de criterios de las Condiciones Generales de Contratación establecidas en el código civil en el título XIII del libro cuarto, artículos 1618 a 1624.

4.1.1 Principios de Interpretación

Los Principios de Interpretación de la CISG aparecen en el artículo 7, este artículo combina tres reglas diferentes, por un lado, una general sobre la interpretación de la Convención, otra relativa a la solución de las lagunas, para aquellos casos en los que la Convención no regule una determinada materia y por último, una norma que rige las relaciones entre la Convención y los Derechos Internos.⁸⁰

⁷⁹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción Al Estudio Del Derecho. Medellín. 1990. Editorial Abogados Asociados.

⁸⁰ VASQUEZ LAPINETTE, Tomás. La Conservación de las mercaderías en la Compraventa Internacional. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Valencia. 1995. Pág.140.

4.1.1.1 Uniformidad e Internacionalidad

Frente a la tendencia globalizadora de la economía, se impone la necesidad de tener unas reglas uniformes, en aras de obtener una seguridad jurídica para los intervinientes en el tráfico comercial internacional. Esto último vendría a reflejarse en la reducción de los costos transaccionales, además de facilitar la celebración y el desarrollo de negocios enmarcados dentro de la CISG.

A pesar de lo anterior, el carácter internacional de la Convención no hace referencia a ella como parte del ámbito jurídico internacional, sino que su interpretación y aplicación deben realizarse como un acto autónomo e independiente de las distintas normas, jurisprudencia y costumbres que regulan el tema dentro de los diversos países suscriptores. Sobre todo si tenemos en cuenta que los hasta ahora 64 países firmantes pertenecen a distintas culturas y tradiciones jurídicas, como por ejemplo China, Yugoslavia, Siria, que muy seguramente obedecen a sistemas y tradiciones jurídicas diversas de aquellas que se desarrollan en países de tradición romano germánica, o en los pertenecientes al sistema del *Common law*.

Así, vemos que el carácter de internacionalidad es preponderante en este proceso hermenéutico, por cuanto si se desconoce y cada Estado interpreta el instrumento conforme a sus parámetros internos, desembocaría en un caos jurídico, de posiciones contradictorias y superpuestas, que de manera evidente iría en contra del objeto de la Convención. Todo lo anterior implica que en muchos casos, el intérprete habrá de renunciar a su propia tradición jurídica para sumergirse en la de la CISG a fin de garantizar la prevalencia del carácter internacional de la misma.

En cuanto a la necesidad de promover la uniformidad de la aplicación de la Convención, debemos señalar que (lo se encuentra en armonía con lo comentado respecto del carácter internacional de este instrumento) ello conlleva a que sea indispensable, en el momento de aplicar concretamente sus disposiciones, observar la jurisprudencia que la comunidad internacional ha decantado. En efecto podemos deducir, que por la inclusión expresa de este principio en el clausulado de la Convención, la jurisprudencia reviste de un carácter unificador en la medida en que a través de ella se podrá entrar en contacto con los precedentes y lineamientos que de forma reiterativa se han establecido en la concreta aplicación de la Convención.

4.1.1.2. Buena fe

Teniendo en cuenta que “las normas de la Convención van en procura de promover la internacionalización de las relaciones económicas fundamentándose en la Soberanía Nacional, en el respeto de la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional”,⁸¹ se entiende el porqué la consagración y la necesidad de este principio.

⁸¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-529 de Mayo 10 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

En un primer análisis del término “buena fe”, conduce a su universalidad de aplicación como criterio objetivo de conducta, pero presenta una dificultad que estriba en la diversidad de tradiciones jurídicas en el ámbito de aplicación de la CISG, ya que para el mundo de tradición romanista, la “buena fe” “... es una conducta que obliga a las partes a respetar los usos y costumbres vigentes, además de evitar causar a otra cualquier tipo de daño innecesario...”⁸², mientras que si nos circunscribimos al ámbito del *common law*, esta es un expresión abstracta asimilada a la sinceridad, corrección, lealtad, rectitud, honestidad sin ninguna relación especial con la responsabilidad.

En los trabajos preparatorios de la Convención se discutió respecto a la inclusión de este término, y si debía apreciarse como criterio directriz de interpretación -buena fe subjetiva,⁸³ o adicionalmente como estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes – buena fe objetiva⁸⁴ -. Para el tratadista Jorge Suescún Melo, la expresión buena fe, *Bona fides*, indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y en general, emplear con los demás una conducta leal y agrega que la buena fe "es comportarse con lealtad y honestidad, es decir, con un determinado estándar de usos sociales y de buenas costumbres".⁸⁵

Puede observarse, entonces, que mientras los dos principios de la CISG inicialmente comentados no están expresamente consagrados en nuestro ordenamiento (sin que esto implique que sean contrarios al mismo), la buena fe, por el contrario, sí es un elemento común del ordenamiento internacional con el ordenamiento Colombiano, es inherente a

⁸² GARRO M., Alejandro. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Su incorporación al orden jurídico argentino. Ediciones La Ley. Buenos Aires. 1985

⁸³ Como la consagrada en el artículo 768 del Código Civil.

⁸⁴ Consagrada y definida en el artículo 1603 del Código Civil y exigida a lo largo de todo el iter contractual en términos del artículo 871 del estatuto Mercantil. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: “Durante toda esta etapa precontractual, las partes deben actuar con lealtad y buena fe exenta de culpa so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (artículo 863 C. Co.), como acontece, por ejemplo, cuando alguna de ellas, traicionando la confianza que la otra ha depositado en la seriedad de las conversaciones, las interrumpe injustificada y abruptamente. Esas negociaciones preliminares no son jurídicamente irrelevantes, toda vez que los interesados se encuentran apremiados a comportarse con lealtad y buena fe, acatando la ética social existente en el entorno dentro del cual actúan, comprometiendo su responsabilidad patrimonial por transgredir esos particulares deberes de conducta”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Gaceta Judicial No. 2494.

⁸⁵ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado, Estudios De Derecho Civil Y Comercial Contemporáneo.. Editorial Departamento de publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. 1996. Pág. 17

nuestra normatividad, a tal punto que es recogido expresamente por la Constitución política en el artículo 83⁸⁶.

Entonces, la CISG en su artículo 7.1., por su parte, acoge el postulado de la buena fe como un principio interpretativo de su contenido; sin embargo, el texto internacional no establece la aplicación directa del mismo al contrato, en pro de “asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Quiere esto decir que en materia de compraventa internacional solo se reconoce la buena fe subjetiva? La respuesta la encontramos en la integración de la CISG a nuestro ordenamiento, ya que en el que encontramos, desde las más altas esferas normativas, la obligación para los particulares de observar la buena fe en sus actuaciones. Adicionalmente, a lo largo de la legislación civil y comercial se consagra como un deber de conducta⁸⁷

Por lo tanto puede concluirse que en la compraventa internacional de mercaderías la buena fe desempeña un papel fundamental, ya que se trata no solo de un criterio de la labor hermenéutica, sino de una obligación para las partes a los largo del iter negocial.

4.1.1.3. Principios Generales y Derecho Internacional Privado

La Convención ha pretendido convertirse en el ordenamiento sustantivo aplicable en materia de compraventa internacional de mercaderías, y como tal, dado el carácter de los participantes en este tipo de negociaciones, existen aspectos del desarrollo y la ejecución contractual, que no han alcanzado a quedar cubiertos por la normatividad de la CISG, por no tratarse de un ordenamiento pleno,⁸⁸ que tampoco pretende serlo.

El derecho no es absoluto, mucho más cuando se trata de una convención internacional y reconoce sus falencias, en este caso por omisión de norma legal aplicable, y encuentra la forma de subsanarlas; en esa tarea confía en el poder creativo del interprete, quien es el llamado a resolver los casos suscitados dentro de una normatividad específica, que es en este caso el negocio jurídico de la compraventa internacional⁸⁹. Situación contemplada expresamente por la Convención en su artículo 7.2. Que establece que *“las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención, o a falta de tales principios, de conformidad*

⁸⁶ En efecto, dicha norma señala que “las situaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos gestionen ante éstas”.

⁸⁷ Los artículos 773, 834, 871 y 891 son algunos ejemplos de la regulación de la buena fe en el Estatuto Mercantil. En igual sentido se encuentra en los artículos 768, 769 y 1324 del Código Civil.

⁸⁸ Se entiende por “plenitud” la facultad o propiedad de un ordenamiento para regular mediante su normatividad todos los casos y vicisitudes que se pueden presentar bajo su vigencia.

⁸⁹ Teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes.

con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado....
(Subrayas fuera del texto).

La CISG consagra dos criterios de solución al intérprete:

a. Los principios generales en que se basa la Convención.

Frente a los principios la doctrina se plantea varios interrogantes: ¿Cuáles son los mencionados principios? Y ¿Cuándo se debe acudir a ellos?. Los principios se encuentran en el preámbulo del instrumento internacional, y la doctrina los ha identificado a título enunciativo y no taxativo como: la libertad contractual, la libertad de formas, la buena fe, el comportamiento de una persona razonable, la prohibición del abuso del derecho, la proporcionalidad y la seguridad jurídica.

La Convención brinda la oportunidad de recurrir a ellos cuando los métodos de interpretación ordinarios no permitan encontrar una solución que provenga del mismo texto convencional.

Tal sería el caso en que A ofrece vender insumos agrícola a B para lo cual establece en plazo perentorio de aceptación de 48 horas. Cuando B, después de analizar la viabilidad de su transacción, decide aceptar dicha oferta se encuentra con que es fin de semana y que las 48 horas dadas por A para pronunciarse respecto a la oferta vencen a las 10 pm. del día domingo. Así las cosas, B trata de comunicar su decisión a A para lo cual acude al fax y al teléfono, pero infortunadamente el fax de A no se encuentra en línea y el teléfono no cuenta con una maquina contestadota que pueda recibir la comunicación de B. Llegado el lunes B finalmente logra comunicares con A quien se rehúsa a acoger la aceptación de B por considerarla extemporánea.

La CISG no regula este evento, encontrándonos por tanto, frente a un vacío de la misma; por lo que en aplicación del artículo 7.2 debemos remitirnos a sus principios orientadores, cual es la buena fe. Entonces, la conducta de A sería contraria a este postulado, ya que A, era consciente de las circunstancias que rodeaban la aceptación de la oferta; en consecuencia debió proveer los medios necesarios para que B pudiese expresar su aprobación conforme a sus exigencias, es decir dentro del plazo de 48 horas.

b. El derecho Nacional aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado.

La Convención señala como ultima *ratio* las normas de derecho nacional que se hubieren aplicado en al caso de no existir la CISG, para llenar una laguna que no pudiese ser satisfecha con el texto de la Convención ni con los principios orientadores de la misma⁹⁰.

⁹⁰ En nuestro país dichas normas son el artículo 20 de Código Civil y el artículo 869 del Código de Comercio, el primero, al tratar los contratos que tengan elementos de conexión con varios países manifiesta que "... los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos en que afecten a los derechos e intereses de la Nación se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión". El segundo determina que "la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirán por la ley colombiana".

4.1.2 Declaraciones y Actos de las Partes (Art. 8-1)

Los principios descritos anteriormente no son los únicos criterios que deben observarse a la hora de interpretar un contrato a la luz de la Convención. Por ello, la misma se encarga de establecer unos límites al poder interpretativo del funcionario incluyendo dentro de estos, la intención de las partes, el comportamiento que hubiere desplegado un hombre razonable en la misma situación y las prácticas y usos empleados por los contratantes en sus relaciones negociales.

El artículo 8 de la Convención, regula lo relativo a la interpretación del negocio conforme a las declaraciones y actos de las partes, diciendo que se interpretarán conforme a la intención de las mismas.

De este modo, nos encontramos nuevamente con un punto común con la legislación Colombiana, ya que ésta, en el Código Civil, artículo 1618, determina que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".⁹¹

Nos preguntamos entonces, ¿qué se entiende por actos y declaraciones de una parte? Llegando a la conclusión que son el conjunto de comportamientos que agrupan la voluntad tendiente a una consolidación contractual definitiva.

A primera vista, se podría entender que estarían comprendidos en ese apartado, los actos unilaterales; sin embargo luego de una interpretación sistemática nos encontramos con que la CISG no limita su campo de aplicación a los actos de una sola de las partes, por cuanto es obvio que el contrato de compraventa tiene como carácter distintivo su bilateralidad y conmutatividad, que implica la presencia de dos partes igualmente relevantes para el desarrollo contractual, y cuyos actos son de llano significativos para la labor hermenéutica del interprete.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia colombiana, manifiesta que "*el contrato es un concierto de voluntades que por lo general constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislado unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de*

En el mismo sentido el Decreto 2875 de 1983 dispuso que "...la ejecución de los contratos de empréstito que deba verificarse en el exterior podrá someterse, en cuanto a la ley y jurisdicción, a lo que a ellos se pacte". Así, si la ejecución debe realizarse en el exterior se otorga la facultad a las partes para decidir autónomamente lo concerniente a la ley aplicable y a la jurisdicción y cuando esa voluntad de las partes no se ha expresado, entra el juez a determinar cual es la voluntad presunta, aplicando subsidiariamente la ley del lugar del cumplimiento de la obligación. Tal es la opinión de SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado, Estudios De Derecho Civil Y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Cámara de Comercio de Bogotá.. Universidad de los Andes. Mayo de 1996.

⁹¹ En concordancia con los artículos 1619 a 1624 del Código Civil.

*las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon".*⁹²

Conforme a lo visto hasta ahora, podemos concluir que la relevancia dada por nuestro ordenamiento y por la CISG a los actos y declaraciones de las partes, es otro de los desarrollos del principio de la autonomía de la voluntad, puesto que el legislador delega en los particulares y les da el poder de regular sus relaciones sociales; delegación que estos ejercen mediante la celebración de actos o negocios jurídicos, con la inclusión de elementos accidentales a los contratos, que más allá de complementar el contenido esencial de los mismos, definen sus caracteres particulares. Las personas, libremente y según su conveniencia, son llamadas a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos.⁹³

Es evidente que la voluntad de las partes viene a ser el eje central del negocio jurídico y, en esa medida, resulta indispensable identificar la forma en que habrá de interpretarse el contrato cuando se esté ante la no-coincidencia entre lo que consta en el mismo y expuesto ante los ojos de terceros, y el contrato que íntimamente deseaban realizar las partes.

Al respecto, Savigny, en su obra de *La Teoría de los Actos de Declaración de Voluntad*⁹⁴, considera que los elementos fundamentales y rasgos caracterizadores de un negocio jurídico son dos:

- ◆ La voluntad interna y
- ◆ La exteriorización o manifestación de esa voluntad

En abstracto, la conjunción de las dos voluntades internas de cada una de las partes y concordantes constituyen el negocio jurídico. En concreto, la declaración o manifestación de esas voluntades se manifiesta a través de una exteriorización que permite que el negocio produzca efectos jurídicos y que éstos, en consecuencia, sean oponibles a terceros y a la sociedad en general. Ante una eventual contradicción entre este tipo de voluntades, debemos preguntarnos cuál prevalece.

Formulado en otros términos, ¿qué debe primar?, ¿la intención de los contratantes, o el instrumento a través del cual éste se manifiesta? ¿Qué es más relevante jurídicamente, lo que se dijo o lo que se quiso decir?

La seguridad jurídica y la necesidad de salvaguardar los intereses de terceros de buena fe, conllevan a que la función inicial del intérprete radique en buscar la intención pero que en últimas, si esta voluntad real no puede establecerse claramente, deba estarse a lo dicho por las palabras. Y ello es evidente por cuanto habrá muchos eventos en que el

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de marzo de 1994, Gaceta judicial No.2467.

⁹³ Corte Constitucional T-338 de 1993.

⁹⁴ SAVIGNY, Rudolf, Teoría de los actos de declaración de la voluntad, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1948.

conocer la intención primigenia de las partes será muy difícil de alcanzar, sea porque éstas comprendieron de manera diferente la declaración, o porque se dejaron vacíos que el interprete no puede llenar, ni aún acudiendo a los métodos más rigurosos de investigación.⁹⁵

Así las cosas, al ser la intención de las partes el elemento subjetivo de la interpretación, este análisis no podrá hacerse por separado, como acto particular y unilateral, sino como un acuerdo final de voluntades que no debe ser escindido para efectos interpretativos. A pesar de lo anterior, no puede decirse que esta unidad sea absoluta, ya que, admite matices a través del desarrollo contractual, que sin duda alguna están dados por la significación que se le de a los actos realizados por la contra parte en el desarrollo de ese negocio en particular.

Por lo anotado, pensamos que el origen de la expresión “*de una parte*” del inciso primero del artículo, puede provenir de la concepción anglosajona del contrato, que no lo entiende como un acuerdo de voluntades, sino como un entrelazamiento de promesas, es decir, de actos unilaterales de cada una de las partes que llevan a la celebración y posterior desarrollo del contrato.

⁹⁵ Verbigracia, el caso de un distribuidor americano de pisos cerámicos que celebró un contrato de compraventa con un fabricante de pisos cerámicos Italiano. Los términos contractuales fueron acordados verbalmente y finalmente consignados en un formato elaborado por el vendedor. Dicho formato era una proforma en idioma Italiano, que contenía términos en su cara anterior y posterior. En la primera, contenía el espacio destinado a la firma de los contratantes y luego de ésta una cláusula que establecía que el suscriptor conocía los términos de la página posterior y que estaba de acuerdo con los mismos. El contrato se desarrolló de forma normal por un término de cuatro meses, hasta que el comprador inició una acción en contra del vendedor por incumplimiento del contrato, consistente en la no entrega de la prestación debida. El demandado alegó que en una de las cláusulas de la pro forma, se autorizaba al vendedor a suspender las entregas si el comprador suspendía los pagos. El demandante esgrimió que el hecho de la falta de pago, se debió a la baja calidad de las cerámicas entregadas hasta el momento. El vendedor replicó que el comprador no dio noticia escrita de esta anomalía en el término de 10 días establecido en el contrato. En el trámite procesal el comprador allegó testimonios del Presidente de la compañía y de dos de sus empleados según los cuales las partes no acordaron limitarse a los términos establecidos en la pro forma contractual. En primera instancia el tribunal consideró que las partes debían ceñirse a lo acordado por escrito, y por tanto no habría lugar a declarar el incumplimiento contractual. El comprador apeló la decisión y el ad quem revocó la decisión de primera instancia señalando que no podría dársele preponderancia a la *parol rule*, por dos razones. La primera, por tratarse de un procedimiento típicamente interno que va en abierta contravía a los establecido en el Principio de Internacionalidad y Uniformidad de la CISG, considerado como directriz en la interpretación de la misma; la segunda por que el artículo octavo no limita la autonomía de la voluntad en cuanto al punto del modo de dar a conocer sus intenciones a lo establecido en el contrato. De esta forma, el intérprete mal podría cualificar el texto de la CISG añadiéndole de propia mano, elementos no considerados como parte integrante de la misma. Caso número 97 – 4250, MCC inc. Vs. CERAMICA NUOVA DÁGOSTINO S.p.A. de junio 29 de 1998. Corte Federal de los Estados Unidos, Circuito Once, Tribunal de Apelaciones.

Por su parte, la CISG se encargó de solucionar el problema que se presenta cuando no es posible conocer la verdadera intención de las partes, estableciendo unos criterios subsidiarios. Es así, como preceptuó, que si no fuere aplicable la intención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

4.1.2.1 Criterio de Razonabilidad (Art. 8-2-3)

Este criterio de interpretación que se incluye en el artículo 8 numeral 2) de la CISG, será aplicable al contrato cuando no se pueda determinar la intención de las partes en sus declaraciones u otros actos, tal como se determina allí mismo, indicando que éstos deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado una persona razonable de la misma condición de la otra parte.

Este criterio no se puede determinar a través de una ley positiva ya que la razonabilidad hay que determinarla atendiendo el caso, la materia y las situaciones concretas en que se encontraban las partes en el momento de realizar un acto que tuviera implicaciones jurídicas.

Es por esto, que se trata de un concepto extraño a nuestra tradición jurídica, basada en el imperio de la ley, pues se refiere a un criterio objetivo relativo a un entendimiento usual en las personas de la misma condición y ese entendimiento usual se extrae de la costumbre, pues se trata de un conocimiento colectivo dentro de un grupo que realiza las mismas actividades y está familiarizado con los mismos determinados comportamientos y para el derecho colombiano la costumbre es una fuente auxiliar del derecho.

Sin embargo, la CISG al armonizar las diversas tradiciones jurídicas existentes, permite que algunos de sus preceptos tengan mayor alcance para ciertos sistemas. Este es el caso, en tratándose del criterio de razonabilidad, del derecho anglosajón ya que es allí donde la costumbre ejerce la mayor fuerza vinculante y todavía conserva una importancia ideológica fundamental como justificación y fundamento de la fuente por excelencia de este sistema jurídico⁹⁶. Por esto, para el derecho anglosajón, que se basa en la costumbre, en el comportamiento reiterado, será más fácil determinar cuando un determinado hecho es poco razonable puesto que podrá evaluar de forma clara y ágil si éste hecho se aparta de las formas de actuar que normalmente utiliza una persona, en las mismas condiciones.

En Colombia, podría decirse que tiene semejanza con el concepto de buen padre de familia del *civil law*, que hace referencia a una diligencia estándar en la apreciación de los principios de auto-responsabilidad y protección de la confianza en sede interpretativa.

⁹⁶ OVIEDO ALBAN, Jorge. Campo De Aplicación y Criterios De La Convención De Viena Para La Compraventa Internacional De Mercaderías. Publicado en Universitas 101, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Junio 2001

El intérprete, al actuar bajo este concepto "debe atribuir a la declaración el sentido normal que le otorgaría la generalidad de los hombres, racionando con las tradiciones comunes de espíritu que descansan en la idiosincrasia nacional".⁹⁷

Su labor consistirá en ponerse en el lugar de las partes contratantes adoptando el pensamiento de personas comunes, que en la misma situación actuarían de determinada manera; esa persona razonable deberá tener las mismas condiciones técnicas, conocimientos del mercado, manejo del idioma y de los términos comerciales de común uso, en fin, las condiciones necesarias para en un momento dado, reemplazar a una de las partes.

Este criterio podría eventualmente presentar inconvenientes para su aplicación, ya que aunado a la remisión que se hace a un tercero ajeno al negocio, nos encontramos con la posibilidad que dicho criterio cambie, puesto que la costumbre podría variar de un Estado a otro, por ejemplo, por la forma de utilizar los términos o entender algunas acciones y debido a esto se actúe de un determinada forma atendiendo a su costumbre interna, desconociendo lo que puede representar si se tiene otro concepto del término o de la acción.

Consciente de este problema la Convención estableció otros criterios que sirven de apoyo para esta labor interpretativa, como son los usos y practicas entre las partes y los usos y prácticas mercantiles.

4.1.3 Obligatoriedad de Usos y Prácticas entre las Partes (Art. 9-1)

Este evento se refiere, a la hipótesis en que las partes en ejercicio de su autonomía privada, incorporan un uso particular al negocio que pretenden celebrar, el cual ha sido previamente convenido entre las mismas.

Al igual, que la CISG consagra la obligatoriedad de este uso, al manifestar que "Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas", lo hace el Código Civil Colombiano en su artículo 1622, el cual reza "*las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*".

Lo anterior no obsta para que el intérprete descubra la real intención de las partes, acudiendo a las circunstancias que rodean el negocio, los usos⁹⁸ y comportamientos anteriores referidos a las partes.

⁹⁷ *Ibíd*em 35

⁹⁸ "Gény los define [a los usos] en estos términos: se trata de las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos,

Debido a la importancia de los usos para la formación del negocio jurídico, deben ser siempre objeto de estudio, salvo los casos en que las partes expresamente hayan decidido excluir su aplicación. En caso de presentarse un vacío contractual, este será resuelto de acuerdo a las prácticas reiterativas entre las partes, puesto que quien contrata debe tener presente que sus declaraciones producen los efectos que usualmente deben producir.

4.1.4 Obligatoriedad de Usos y Prácticas Mercantiles (Art. 9-2)

La Convención establece 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”*

Esta circunstancia es totalmente diferente a la anterior, por cuanto se refiere a “las costumbres o hechos públicos, uniformes y reiterados, que son obligatorios, según el convencimiento u *opinio juris* que existe sobre su obligatoriedad”.⁹⁹

Entonces, cuando estas prácticas y usos son reiterativos y prolongados en el tiempo, y no sólo en una relación comercial, sino que son utilizados en gran extensión por el común de las personas que integran la sociedad, se convierten en costumbre¹⁰⁰. Es decir, cuando un uso se sale de la esfera de las partes contratantes, para ser aplicado y aceptado por un gran número de individuos, se hace necesario para éstos y se transforma en costumbre.¹⁰¹ Dependiendo de la aceptación y aplicación que se haga de la costumbre, ésta puede ser Internacional, Nacional, Regional, Gremial, etc.

Así las cosas no cualquier comportamiento repetitivo de las partes ha de tomarse como “costumbre”, ya que esta no puede tratarse de un acto aislado sino todo lo contrario debe tratarse de una actuación masiva, desplegada por lo menos por la mayoría de los integrantes del grupo social en el que se pretende aplicar el mencionado comportamiento

especialmente los contratos, y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes”. GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 1944. Pág. 64.

⁹⁹ OVIEDO ALBAN, Jorge. Ob. Cit. Pág. 214.

¹⁰⁰ "La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio". GARCIA MAYNES, Eduardo. Ob Cit. Pág. 60 y ss.

¹⁰¹ Prueba del consenso es que los Tribunales le hayan reconocido validez y aplicabilidad como ley del contrato, y como forma de interpretar el sentido y alcance de leyes nacionales e instrumentos de derecho internacional privado, además de haber constituido fuente de inspiración de leyes nacionales. OVIEDO ALBAN, Jorge. Ob Cit. Pág. 216.

como “costumbre”; de igual forma sin mayores variaciones en su aplicación, con la convicción de tratarse de un imperativo. Adicionalmente el comportamiento no puede ser espontáneo, no puede surgir de un momento a otro y gozar por ende de fuerza vinculante, debe tener una prolongada duración en el tiempo de manera pública y notoria. Finalmente en principio su reconocimiento depende de la inexistencia de una norma que regule la materia, o cuando existiendo una ley escrita esta presenta confusión y su no contradicción con la normatividad¹⁰².

Al respecto cabe anotar que el ordenamiento jurídico contiene normas de carácter dispositivo y de orden público. Frente a cuáles se predica la no contradicción de la costumbre? Es claro que el contenido de las normas de orden público no puede ser definido de manera absoluta, es más sería demasiado pretencioso, por lo que se debe partir de la variedad de contenidos al respecto. Así las cosas la costumbre no puede ser contraria a este tipo de preceptos, piénsese por ejemplo en la reglas relativas a la capacidad en nuestro ordenamiento jurídico, aún cuando se llegase a generalizar el uso de contratar por parte de un incapaz, dicho comportamiento no podría ser reconocido puesto que precisamente contraría una norma de orden público.

La solución variaría si nos encontramos frente a una norma de carácter dispositivo, por cuanto precisamente el ordenamiento otorga la facultad a los particulares de aplicarlas o no. *Vrg.* La posibilidad que brinda el artículo 909 del Código de Comercio en cuanto a los gastos que ocasione la celebración del contrato de compraventa. El Estatuto mercantil establece que los mismos serán asumidos por los contratantes en parte iguales, salvo que los mismos acordaren otra cosa. Piénsese entonces, en el caso que se generalice en el tiempo que el comprador asume el total de los gastos de la celebración del contrato, dicha costumbre sería de recibo puesto que precisamente este artículo brinda la posibilidad a las partes de variar su contenido.

Debido a la importancia que reviste la costumbre nos preguntamos: ¿cuál es el tratamiento que le otorga el ordenamiento colombiano? Encontrándonos con una exhaustiva regulación contenida en los artículos 5 a 9 del Código de Comercio, 8 del Código Civil, 13 de la ley 153 de 1887, entre otros.

Adicionalmente, conviene mencionar que el Código de Procedimiento Civil Colombiano, exige que en caso de ser necesaria la aplicación de una costumbre, será menester que se acredite prueba de ella, debido a que no existe la presunción de conocimiento que si se admite con la ley.¹⁰³ Es así como el código establece los medios con los que se debe probar esa costumbre, los cuales son: Documentos auténticos y Conjunto de testimonios.

De igual forma, están previstos unos medios adicionales para el caso de la costumbre mercantil, los cuales se traducen en: Copia autentica de dos decisiones judiciales

¹⁰² Artículo 3 del Código de Comercio.

¹⁰³ "La costumbre mercantil destinada a producir efectos jurídicos debe acreditarse, probarse, demostrarse, pues no basta indicar que la costumbre existe, que sus prácticas son públicas, notorias, constantes y uniformes, que existen o se desarrollan en determinado lugar o es general". LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Editorial. Leyer. 2000.

definitivas que aseveren su existencia, certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

Aunado a los medios probatorios enunciados por el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio en su artículo 6, establece que cuando se quiera probar la costumbre por medio de testimonios, "*éstos deberán ser, por lo menos, 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil*" y si el medio que se quiere usar son las decisiones judiciales, se requerirá que hayan sido proferidas con no más de cinco años de antelación.

Si se trata de una costumbre extranjera, quien dará fe de ella será el cónsul Colombiano del país de donde provenga o, en su defecto, una Nación amiga. Si corresponde a una costumbre internacional se probará con copia auténtica de un laudo o sentencia donde la autoridad internacional la hubiere reconocido, interpretado, aplicado o con una certificación de una entidad internacional idónea.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se afirma que la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías consciente de no ser un ordenamiento pleno, proporcionó al interprete los mecanismos para suplir sus falencias, acudiendo en primer término a los principios que la inspiran, e inclusive dejando cierta libertad a los ordenamientos internos de los países, quienes de acuerdo a sus principios y reglas interpretativas, han de resolver los problemas que puedan presentarse sobre contratos objeto de la Convención y que no puedan ser resueltos por la misma.

4.2. Libertad de Formas

Una vez mas, la CISG, atendiendo a su espíritu universal, intentando satisfacer las necesidades actuales del tráfico de mercaderías, buscando facilitar el comercio entre los diferentes Estados y pretendiendo la mayor acogida posible de su normatividad, plasma el principio de autonomía de la voluntad en su Art. 11, dejando que las partes por mutuo acuerdo celebren y prueben el contrato de compraventa en cualquier forma, sin necesidad de que sea por escrito, es decir, sin formalidad alguna.

Uno de los aspectos más controvertidos de la Convención es el que se refiere a la libertad de formas como se puede observar en las anteriores convenciones.¹⁰⁴ Por una parte, se justificó la exclusión de la forma escrita en razón a que muchas compraventas internacionales que se producen con la ayuda de los medios de comunicación modernos no necesariamente toman la forma escrita, a que el requerimiento incentiva el litigio y a que en ordenamientos como el del Reino Unido fueron abolidos, sin efectos negativos.¹⁰⁵ Por otra se argumentaba que las necesidades de las formas burocráticas, especialmente

¹⁰⁴ Artículo 15 LUCI expresaba: A contract of sale need not be evidenced by writing and shall not be subject to any other requirements as to form. In particular, it may be proved by means of witnesses. El Artículo 3 de LUF, por su parte expresa: An offer or an acceptance need not be evidenced by writing and shall not be subject to any other requirement as to form. In particular, they may be proved by means of witnesses.

¹⁰⁵ En 1954 mediante el: [Law Reform (Enforcement of Contracts) Act, 1954, c.34]

de grandes empresas y gobiernos, requerían la evidencia de las operaciones de comercio.

Por ello se estableció la libertad de forma como regla general, sujeta a la excepción de la cláusula de reserva, que se establezca por los Estados que prefieran la formalidad escrita, mediante la aplicación de la ley nacional como resultado de la norma de conflicto; se aplicarían las leyes mandatorias nacionales de carácter administrativo y penal que exigen las formas escritas.

Atendiendo los preceptos legales colombianos, debemos entrar a mirar si la libertad contractual y probatoria que consagra la CISG se opone al régimen nacional contemplado para la compraventa tanto civil como comercial y al régimen probatorio doméstico.

4.2.1. Sustancial (Art. 11)

Establece la Convención, que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Esta parte del artículo no se incluye consideración diferente a que se trate de un contrato de compraventa; se trata de una norma sustancial que se refiere al perfeccionamiento del contrato, lo que indica que ni la oferta ni la aceptación deben constar en forma escrita.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 1500 del C.C., establece que los contratos pueden ser reales, consensuales o formales, dependiendo del requisito que precisen para su perfeccionamiento.

Así por ejemplo, el contrato de mutuo es un contrato real pues requiere de la entrega del bien para su perfeccionamiento. Por otro lado, de acuerdo con el inciso primero del Art. 1857 del Código Civil, la compraventa es, en principio, un contrato consensual que se perfecciona con el simple acuerdo de las partes en cuanto a cosa y precio, *vgr.* Pedro es propietario de un computador y Juan le ofrece telefónicamente comprárselo por un valor de dos millones de pesos; una vez aceptada la propuesta, se entenderá perfeccionado el contrato.

No obstante lo anterior, en el inciso segundo del artículo en comento, se establece que, tratándose de inmuebles, para que se perfeccione el contrato de compraventa, se requieren ciertas formalidades sin las cuales el contrato no nacería (*ad substantiam actus*).

En el mismo sentido se manifiestan los artículos 824 y 898 del C.Co., estipulan que *“cuando la ley exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”* y que, *“será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades substanciales que la ley exija para su formación(...)”*.

En la compraventa de bienes muebles (Art. 1857 inciso 1º) es en principio consensual, es decir no requiere sino del consentimiento de las partes para su perfeccionamiento sin necesidad de que se celebre por escrito. Con la compraventa de inmuebles ocurre cosa diferente, pues en este caso, la ley exige que la venta se realice a través de escritura pública, *so pena* de la inexistencia del contrato.

Siendo así, es evidente que la libertad contractual inserta en el artículo Art.11 de la CISG, es perfectamente compatible con la establecida en nuestros códigos civil y comercial que, en lo relativo a bienes muebles, también dejan a las partes obligarse con el simple consentimiento y posteriormente, probar la existencia del contrato a través de cualquier medio que resulte conducente, pertinente y útil.¹⁰⁶

4.2.2. Procesal (Art. 11)

La segunda parte del artículo establece que el contrato de compraventa no tendrá que probarse por escrito y adiciona que podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos. Este aparte trasciende del ámbito sustancial al procesal ordinario y arbitral; esta regla se aplica para todas las comunicaciones probatoriamente relevantes que son o serán requeridas para la formación, modificación y terminación del contrato de compraventa internacional.

“El tenor tan flexible de la disposición da pie a que se puedan incluir entre los elementos de prueba a los registros computarizados y en consecuencia el intercambio de declaraciones de voluntad vía el intercambio electrónico de datos (EDI) o mediante el correo electrónico (E-mail), así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios es perfectamente admisible.”¹⁰⁷

4.2.3. Excepciones a la libertad de Formas (Art. 12)

Si bien el principio de libertad de formas o informalidad dispuesto a lo largo de la Convención, es acorde con las exigencias prácticas del comercio internacional, no obsta para que pueda ser modificado e incluso no aplicado, bajo la presencia de dos circunstancias a saber:

1. Cuando las partes en uso de su autonomía privada decidan establecer requerimientos escritos, para la validez de algunos actos en particular.

¹⁰⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Librería del Profesional. Bogotá. 1992. Pág. 27 y ss. “ La conducencia, es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio”. “Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley”. “Pertinencia es la adecuación entre los hechos que se pretendan llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste.” “En términos generales se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo.”

¹⁰⁷ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, Introducción a la compraventa internacional de mercaderías en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html>, visitada el 20 de septiembre de 2002.

2. Si uno de los países, en los cuales tienen su establecimiento las partes, ha hecho una reserva en los términos del artículo 96, a la cláusula general de informalidad, en cuanto a que el contrato de compraventa, y sus partes componentes han de constar por escrito.

En el primer caso, no existiría ninguna dificultad, toda vez que los particulares, en uso de la autonomía privada reconocida por la misma convención, tienen la potestad de crear las solemnidades, que hayan de considerar necesarias a fin de proveer de mayor seguridad a sus negocios.

Pero, en relación con el segundo caso, el panorama varía un poco, dado que esta excepción a la libertad de formas, no se debería a la presencia de la autonomía privada en su máxima expresión, sino a un ejercicio legítimo de la soberanía estatal, radicada en cabeza de cada uno de los estados suscriptores de la CISG.

Pues la soberanía, en palabras de Capitant¹⁰⁸, se entiende como *"aquella cualidad intrínseca de los Estados o gobernantes de no sentirse obligados por cualquier otro poder, sea legislativo o estatal."* En este orden de ideas, la reserva es un desarrollo de la soberanía al ser entendida como¹⁰⁹ *"aquellas declaraciones de los estados realizadas al suscribir un instrumento o adherirse a el, rechaza tal o cual estipulación en el texto en que se hace parte, o de modificarla o interpretarla en cierto sentido y que generalmente es restrictivo."*

El sentido de esta reserva, es facilitar la aplicación de la Convención, en cuanto a que algunos Estados en su ordenamiento interno, exigen para la tipificación contractual de la compraventa, el que la misma deba constar por escrito; luego, para estos casos particulares, se instituyó la posibilidad de la reserva, la cual habrá de realizarse al momento de adherirse a la Convención, y su principal efecto será la exigencia del escrito, en todos los desarrollos contractuales.

Característica básica de esta facultad de reserva, es que su campo de aplicación es más amplio, y por tanto se hace extensible a las personas de estados que no la hayan hecho.¹¹⁰

Por ejemplo, si un vendedor tiene su establecimiento en Colombia, país que no ha hecho la reserva, no podría confiar en la eficacia de un contrato verbal con un comerciante que

¹⁰⁸ CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico, P.520, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

¹⁰⁹ GAVIRIA LIEVANO, Enrique, Derecho Internacional Público, P.294, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

¹¹⁰ ADAME GODDARD, señala que de acuerdo con el artículo 12 de la CISG, "cuando se celebra un contrato, o se intenta celebrarlo, con una persona cuyo establecimiento está en un Estado que hizo esta reserva, todas las declaraciones de las partes, el contrato mismo y los acuerdos posteriores solo surten efecto si constan por escrito."

tenga su establecimiento en Argentina, país que si hizo la reserva de la que habla el artículo 96.¹¹¹

Con relación a la libertad, en cuanto a la prueba de la existencia del contrato, esta puede tener dos excepciones a saber:

- Cuando las partes, en virtud de su autonomía privada, estipulen que será necesario un determinado medio probatorio.
- En el evento en que la ley obliga al uso de una formalidad ad probationem como en el caso del Art. 1760 del C.C. que reza “*la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo(...)*”

Debe entenderse además, de acuerdo a los artículos 11,12 y 29 de la CISG, que las formalidades exigidas o abandonadas, dependiendo de cada caso, tienen que ver con la existencia del contrato como tal, de la misma forma como ocurre en Colombia, donde si se desconoce la formalidad requerida para la configuración del contrato, éste no existirá.

En otras palabras, aún cuando el contrato de compraventa de bienes muebles es un contrato consensual, exento de solemnidades, las partes pueden en virtud de la autonomía privada y para proteger sus intereses,¹¹² establecer reservas y límites a la contratación, estipulando, por ejemplo, que la celebración del contrato, su modificación o extinción deba constar por escrito.¹¹³ Si esto llegare a ocurrir, conforme al principio de *pacta sunt servanda*, contemplado en el Art. 1602 del C.C. “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*”, las partes tendrán que respetar la formalidad exigida por ellas mismas, ya que de otro modo sería inexistente y por tanto carente de eficacia cualquier acto celebrado por ellas que desconozca estas formalidades creadas voluntariamente.¹¹⁴

¹¹¹ Además debe tenerse en cuenta, que este artículo no admite ningún tipo de variación en su efecto, por parte de los contratantes; esto para evitar que la reserva de cada Estado se hiciera inútil por disposiciones de los particulares.

¹¹² BAENA UPEGUI, Mario. De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial. Editorial Legis Tercera edición. Bogotá. 2000. Pág. 43 y ss “El derecho moderno tiende a hacer más dinámicas las relaciones jurídicas y por ende a eliminar la ritualidad de los actos. No obstante, la prescindencia absoluta de las formalidades es imposible e inconveniente hasta el punto de que circunstancias sociales especiales aconsejan su introducción en ciertos contratos simplemente consensuales a fin de proteger de mejor manera los intereses de terceros y de los mismos contratantes.”

¹¹³PARRA QUIJANO, Jairo. Ob Cit. Pág. 101 y ss. “(...)el escrito que se hace en el momento de la formación del contrato a fin de que las partes, previniendo futuras dificultades en la ejecución y entendimiento de sus obligaciones, se reserven la prueba de sus derechos”.

¹¹⁴ HINESTROSA, Fernando. Curso de Obligaciones, Conferencias. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1960. Pág. 127 y 128; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 074. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 26 de noviembre de

En suma, así como en la CISG la autonomía de la voluntad puede limitar la libertad contractual, bajo la luz del ordenamiento colombiano también puede hacerlo, obteniendo como resultado que el contrato sea completamente válido, sea ley para las partes, señalando que ha de estarse a lo que allí se dice; así pues, en el momento de entrada en vigencia de la CISG como parte del ordenamiento colombiano, encontramos que no se opone y, por el contrario, confirma la regulación interna ya existente.

4.2.4. Alcance de la Expresión por Escrito (Art. 13)

Consagra este artículo que para *los efectos Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex*. Este artículo fue propuesto por la República Federal Alemana, con el propósito de lograr uniformidad en los requerimientos de formas. En este caso la Convención fija el estándar y los requerimientos nacionales que sean más exigentes no son aplicables.

La definición de “escrito” consignada en los principios de Unidroit,¹¹⁵ incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Para la época en que fue redactado el artículo, la disponibilidad de nuevos medios de comunicación era limitada; actualmente, además del télex y telegramas, se utilizan el fax y el correo electrónico, que deberían ser incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 13.

En el ordenamiento colombiano específicamente, se integran como documentos escritos válidos, tales como el E-mail (ley 527 de 1999) y cualquier objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, de acuerdo al Art. 251 del Código de Procedimiento Civil.¹¹⁶

Esto nos permite pues, llegar a la conclusión que debemos interpretar la Convención de forma extensiva, comprendiendo que la enumeración de medios probatorios escritos plasmada en este instrumento jurídico internacional, no es taxativa sino meramente enunciativa.

1997, “(...)el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se permite a los particulares darse las reglas rectoras de sus relaciones económico sociales, ordenando su voluntad a la obtención de determinados efectos jurídicos. Las manifestaciones de voluntad legalmente expresadas, gozan entre las partes contratantes de fuerza vinculante semejante a la de la ley (Art. 1602 del C.C.)”.

¹¹⁵ 1.10 Definiciones.

¹¹⁶ “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (...)”

5. Bibliografía.

ADAME GODDARD, Jorge. *El Contrato De Compraventa Internacional*. Editorial Mc Graw Hill. México. 1994.

ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones De Derecho Civil. Personas y Representación De Incapaces*. Editorial Temis. Cuarta edición. Bogotá. 1994.

BAENA UPEGUI, Mario, *De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial*, Editorial Legis. Tercera edición, Bogotá 2000,

BIANCA, Massimo, BONNELL, M.J. *Commentary On International Sales Law*. Milán. 1987.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General de Derecho*. Editorial Temis. Bogotá D. C. 1997.

BONILLA Reyes, Julio Enrique. *De los Establecimientos de Comercio*. Inédito. Bogotá. 1997.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales*. Ediciones Librería del Profesional. Decimaquinta edición. Bogotá. 2002.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *La Compraventa Internacional de Mercaderías*, Luis Díez Picazo y Ponce de León, Editorial Cívitas S.A., Madrid 1998.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

DIEZ, Picazo Luis y PONCE, León. *La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Editorial Civitas. Madrid.

ESCOBAR VELEZ, Edgar Guillermo. *La Compraventa Civil y Comercial*. Editora Jurídica de Colombia. Medellín. 1991.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. *Derecho Mercantil Internacional*. Editorial Tecnos. Madrid. 1995.

GARCIA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrua. 1944.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción Al Estudio Del Derecho*. Medellín. 1990. Editorial Abogados Asociados.

GARRO M., Alejandro. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Su incorporación al orden jurídico argentino*. Ediciones La Ley. Buenos Aires. 1985

GIRALDO ANGEL, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Ed. Librería el profesional, 1989.

GOMEZ ESTRADA, César. *De los principales contratos civiles*. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

GONZÁLEZ RAMIREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*, Ed. Berez, 1983.

HINESTROSA FORERO, Fernando. *Curso de Obligaciones, Conferencias*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1960.

HINESTROSA, Fernando. *De la Representación*. Publicado en: El Contrato en el Sistema Jurídico Latino Americano, Bases para un Código Latinoamericano tipo. Volumen II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2001

HONNOLD, O. John. “*Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (convención de las Naciones Unidas de 1980)*” Editorial Revista de derecho privado, editoriales de Derecho reunidas. Madrid - España 1987. Pág. 71.

ILLESCAS. Ortiz, Rafael “Revista de Derecho Mercantil EL DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y SU SISTEMÁTICA. REVISTA Número 207 Enero – Marzo. Madrid - España.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Editorial Jurídicas Bosch y Cía. Buenos Aires. 1952.

LEAL PEREZ, Hildebrando. *Código de Comercio*. Editorial. Leyer. 2000.

LLANOS RAMIREZ, Jesús. *Código de Comercio*. Ediciones Jurídicas Wilches. 1982. Pág. 18 y ss.

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. *Los contratos, parte general*, Ed. Jurídica de Chile, 1986.

OLIVENCIA, Manuel “Revista de Derecho Mercantil UNCITRAL HACIA UN DERECHO MERCANTIL UNIFORME EN EL SIGLO XXI. REVISTA Número 207 Enero – Marzo. Madrid - España.

OVIEDO ALBAN, Jorge. *Campo De Aplicación y Criterios De La Convención De Viena Para La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Publicado en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2000.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial Librería del Profesional. Bogotá. 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid. 1984.

SANÍN BERNAL, Ignacio. *Suministro: Un Contrato y Una Realidad Comercial*. Publicado en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Javeriana. N° 93. 1993.

SUESCUN MELO, Jorge. *Derecho Privado, Estudios De Derecho Civil Y Comercial Contemporáneo*. Editorial Departamento de publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.. Universidad de los Andes. 1996.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo IV, De los contratos*. Editorial Temis. Séptima Edición. Bogotá. 1988.

VAZQUEZ LEPINETTE, Tomás. *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

Sentencia No. T-338 de 1993, Corte Constitucional, M.P: Dr. Vladimiro Naranjo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de Marzo de 1994, Gaceta Judicial No. 2467.

Corte Suprema de Justicia. Febrero 22 de 1995. Expediente No. 4345. Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 074. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 26 de Noviembre de 1997.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-529 de Mayo 10 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html> visitada el 20 de Septiembre de 2002.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html> visitada el día 25 de septiembre de 2002.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html> visitada en Marzo 16 de 2002.

<http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010727u1.html> visitada el 22 de Septiembre de 2002.

VISCASILLAS, Maria del Pilar. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Disponible en [Http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-01.html](http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-01.html) visitada el 20 de Septiembre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de junio de 1999. Conflicto de competencia que se resuelve por la Convención en virtud de la remisión al derecho español que hace el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/dppr03.html visitada el 8 de octubre de 2002.

Comentarios sobre el Proyecto de Convención Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Preparados por la Secretaría. disponible www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.html visitada el 8 de octubre de 2002.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, de 24 de abril de 2000, www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/rargen10.htm visitada el 8 de octubre de 2002

www.uncitral.org. Visitada el día 12 de noviembre de 2002.