LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN EL MUNDO GLOBALIZADO

POR: YESMINA V. MORALES NEMEZ

Hashtags: Compraventa, mercaderías, globalización, consumidores, ucc, cisg, anglosajón, incoterms, contrato, internacional, privado

Como resultado del reconocido fenómeno de la globalización no solo las diferencias en gustos y preferencias de los consumidores en los distintos países han ido desapareciendo hacia un único mercado mundial, sino que también la legislación entre ellos llamada a dirigir la conducta de sus nacionales ha sufrido una mutación progresiva hacia lo global.

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

Aunque el éxito de las empresas hace algunos años consistía en su poder de adaptación a las preferencias locales, hoy por el contrario depende casi en su totalidad de su capacidad de expandirse hacia otros mercados y satisfacer la demanda global y no solo local, lo cual es posible, gracias al desarrollo tecnológico evidenciado en los últimos años. Las empresas deben entonces ser conscientes de la nueva realidad y adoptar una arquitectura organizacional que se ajuste a ese contexto para poder acceder a cada uno de los objetivos sociales.

En medio de la desaparición progresiva de las barreras entre países, y el advenimiento de continuas relaciones de negocios, surge el Derecho Comercial Internacional para regular e incentivar esas nuevas relaciones comerciales entre particulares ubicados en países diferentes, pues ilusorio sería pretender someter a uno de los contratantes a las leyes nacionales de la otra parte.

No obstante, vale la pena mencionar, que si bien el Derecho Comercial Internacional fundamentalmente ha sido desarrollado mediante Convenciones Internacionales -

Convención de Viena o CISG sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, se comparten las críticas del estudioso Clive Schmitthoff a la tendencia de armonización de las normas comerciales internacionales por medio de ellas.[1] En primer lugar, por lo difícil de su negociación y redacción, y en segundo lugar, por el hecho de estar sujetas a la ratificación interna de los estados para su implementación. Además por si fuera poco, por encontrarse su aplicación supeditada a la interpretación que hagan de ellas los jueces internos, no existe seguridad de que *"una convención armonizada será aplicada de forma armonizada".*

Se propone entonces y se incentiva la armonización del Derecho Comercial Internacional por medio de las conocidas fuentes "Soft law" compuestas sobretodo por principios generales del derecho *(Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales o lex mercatoria)*, los cuales, si bien carecen inicialmente de fuerza obligatoria, son dotados de ella cuando son incorporados por las partes dentro de sus relaciones contractuales, y aún cuando no son incorporados, sirven de guía para la interpretación y ejecución de los contratos o de una convención internacional. No obstante ello, como es de esperarse, tales estipulaciones encuentran límite en el orden público por lo que pueden ser objeto de modificación ante la adopción de leyes internas contrarias y de obligatoria observancia.[2]

Dentro de las instituciones encargadas de la pretendida armonización de las normas que componen el Derecho Comercial Internacional encontramos: i) la Cámara de

[1] Foundations and Perspectives of International Trade Law. IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS, MARISE CREMONA. En, Harmonization a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law. London. Sweet & Maxwell, 2001. Págs. 3-27.

Comercio Internacional (ICC)[3], ii) la Uncitral[4]; iii) Unidroit[5] y la iii) Organización Mundial del Comercio (WTO)[6]. Sin embargo, a pesar de los beneficios que se le suelen reconocer a la armonización, tales como: i) la desaparición de las barreras para la entrada de mercancías extranjeras, ii) la certeza que se genera para los contratantes como consecuencia de poder conocer de antemano la legislación que será aplicada a sus transacciones y, iii) la reducción del fórum shopping; se le critica entre otras cosas, que lejos de promover la integración de las distintas legislaciones, consiste en el traslado casi automático de la normatividad de los países desarrollados a los países en vía de desarrollo como Colombia. La celebración y ratificación de Convenciones Internacionales como la CISG, se traduce por tanto en un simple juego de poder, por el que mientras los países desarrollados[7] posiblemente se tomarán un tiempo para evaluar la conveniencia de ceder ante disposiciones internacionales, los países como Colombia no tendrán reparos en integrarla a su sistema normativo interno casi de forma automática, por considerarla una evolución conveniente de su legislación.

2. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

La *compraventa internacional de mercaderías* surge entonces como el contrato por excelencia en el marco de las transacciones entre particulares domiciliados en distintos países. No obstante sus similitudes con la compraventa local, el elemento riesgo, inherente a los contratos internacionales de una forma particular, la hace

[3] La Cámara de Comercio Internacional es una organización empresarial mundial, representativa de la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo. Fomenta la apertura del comercio y de la inversión internacional, así como la economía de mercado.

[4] "United Nations Commission on International Trade Law", en español, "la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Es un órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial. Su función principal consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

[5] "International Institute for the Unification of Private Law", es una organización intergubernamental con sede en Roma. Su propósito fundamental es estudiar las necesidades y métodos para la modernización y armonización de la legislación comercial entre Estados y grupos de Estados y formular instrumentos jurídicos uniformes, principios y reglas para la obtención de dichos objetivos.

[6] La Organización Mundial del Comercio (OMC) se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible.

[7] De forma ejemplificativa se cita el caso de Inglaterra que se mantiene sin ratificar la CISG.

que amerite una regulación especial. Como es natural, las distintas culturas, formación y lenguaje de los contratantes juegan un papel trascendental en cómo serán interpretadas y ejecutadas posteriormente las cláusulas que decidan incluir en el contrato. De ahí la importancia de estudiar con suficiente antelación los antecedentes culturales de la contraparte contractual y de asegurarse de concertar con ella cada uno de los términos que serán posteriormente redactados en un documento escrito. Mientras para uno de los contratantes, puede que el nacimiento de su obligación se encuentre condicionado a la realización de un hecho futuro como la obtención de un documento, garantía o aprobación por parte de un tercero; para el otro, puede que la inclusión de ese mismo hecho en el documento no cumpla más que una finalidad descriptiva de conformidad con la naturaleza de la transacción. De la misma manera, son comunes los problemas de interpretación en torno a elementos como: i) el momento y modo del pago del precio, ii) la calidad exigida para las mercaderías, iii) las garantías a constituir, iv) el momento para la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro de las mercaderías en tránsito, v) la forma de contratación del transporte, vi) entre otras.

Los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) buscan dar solución a algunos de esos problemas de interpretación, y en específico los artículos 4.1, 4.2 y 4.3 invitan a descifrar la intención *expresada* de las partes, para luego acudir a criterios externos como a la figura del hombre razonable, las negociaciones previas de las partes, las prácticas establecidas entre sí, los actos realizados con posterioridad al contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado otorgado en el ramo comercial, y los usos. [8] En todo caso, reza el artículo

---

[8] **Art. 4.1.** (*1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.* ***Art. 4.2.*** *(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar. (2) Si el parágrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán inter- pretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.*

4.4., que *"los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto".*

i. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

Nace la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) con la finalidad de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional entre empresas o particulares domiciliados en Estados Contratantes o cuando en virtud de las reglas de derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado Contratante, contribuyendo notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. En la actualidad, 83 Estados la han hecho parte de su legislación interna independientemente de su tradición legal; sin embargo, países como Inglaterra, se mantienen renuentes a su adopción por razones políticas más que jurídicas.

En particular, haremos mención primero al ámbito de aplicación de la CISG, posteriormente a algunas de sus disposiciones en tema de formación e interpretación del contrato y finalmente a la regulación referida específicamente al contrato de Compraventa Internacional.

ii. Ámbito de aplicación de la CISG

Decíamos que en principio la CISG aplicará para los contratos de compraventa internacional de mercancías i) entre empresas o particulares que tengan sus "establecimientos"[9] en Estados Contratantes o, ii) cuando en virtud de las reglas de

---

[9] Se entiende por "establecimiento" en los términos del artículo 10 de la CISG: *"el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las*

derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado Contratante. Sin embargo, en su artículo 2 se excluye expresamente su aplicación para cuando se trate de i) mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor antes o durante la celebración del contrato no hubiera tenido conocimiento de ese hecho, ii) ventas en subastas o judiciales; iii) valores mobiliarios, dinero o títulos de comercio; iv) buques, embarcaciones y aeronaves, v) ventas de electricidad y también, vi) las ventas de servicios y los contratos de suministros, en donde el comprador se obliga a proporcionar una parte sustancial de los materiales para su manufactura o producción.

Adicionalmente, se entiende que la Convención no regula lo concerniente a la validez del contrato ni a sus efectos sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Tampoco a la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas por las mercaderías.

Ahora bien, aunque a simple vista pareciera una tarea sencilla descifrar a qué contratos se hace aplicable la Convención y a cuáles no, lo cierto es que en la práctica, dicho interrogante, representa una de las mayores causas de controversias entre las partes, pues no es extraño encontrarse con comerciantes que por tener sus establecimientos en países no contratantes, confían ciegamente en que la Convención no se hará aplicable a sus transacciones, siendo que la ubicación del establecimiento en un estado contratante, es tan solo uno de los dos supuestos que contempla el artículo primero para la aplicación de la CISG. En esa medida **¿qué significa que la Convención entrará a regir cuando en virtud de las reglas de derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado Contratante?**

---

partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual."

Para dar respuesta a dicho interrogante, deberá primero diferenciarse la "*aplicación directa"* de la Convención de la "*aplicación indirecta"*. Aplicará directamente la CISG cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) los contratantes tengan sus establecimientos de comercio en países diferentes, ii) que cada uno de esos países sean Estados contratantes de la Convención y; iii) que las partes no hayan excluido la aplicación de la CISG al contrato particular. Tan solo en el evento en que todos y cada uno de tales supuestos se cumplan, las disposiciones de la CISG gobernarán directa e inmediatamente el contrato de compraventa sin necesidad de estipulación expresa que así lo diga y sin importar lo que establezcan las normas de conflicto de derecho internacional privado, pues en esa medida, la normatividad de la Convención deberá percibirse como derecho interno.[10]

Por otro lado, la *aplicación indirecta* de la Convención, resulta de la labor remisoria de las normas de derecho internacional privado (DIP) para el caso de que por lo menos una de las partes no tenga su establecimiento en un Estado Contratante y en obediencia del DIP deba aplicarse las normas de un Estado Contratante. De forma ejemplificativa, se presenta la hipótesis de que el establecimiento del vendedor se encuentre situado en Inglaterra (el Reino Unido todavía no ha ratificado la Convención) y el establecimiento del comprador en Colombia (fue ratificada en Colombia mediante Ley 518 de 1999). Si las normas de DIP del Estado ante el que las partes dirimen el litigio remiten a la ley colombiana, se aplicará la Convención. Igual acontecerá si tales normas remiten a la ley de cualquier otro Estado que haya ratificado la Convención. También, podría darse el caso de que los establecimientos de las partes estén situados en Estados diferentes que no hayan ratificado la Convención (Venezuela, Inglaterra), pero que por la aplicación de las normas de DIP deban aplicarse las normas de un Estado Contratante.[11]

---

[10] *Vid.* Álvarez Londoño & Galán Barrera, op. cit., págs. 145 y ss.

[11] Como cuando las partes en pleno uso de su autonomía, optan por la aplicación de las normas de un país contratante a su transacción, por considerarlas más convenientes a sus intereses.

Es ésta posibilidad de aplicación indirecta la que ha derivado en multitudes de litigios a nivel internacional en torno a la ley aplicable al contrato, en la medida, en que las leyes internas de un país no contratante resulten ser más convenientes para los intereses de alguna de las partes en comparación con lo dispuesto a ese respecto en la CISG. Así las cosas, **"no es plausible en un contrato de compraventa internacional guardar silencio sobre la norma aplicable a la transacción".**

En específico, si lo que se pretende es excluir la aplicación de la CISG al contrato:

- Deberá expresarse de forma clara que la CISG no aplicará al contrato no obstante tratarse de partes con establecimientos ubicados en Estados diferentes no contratantes.
- Sin embargo, no bastará con estipular que las normas de X país serán las llamadas a gobernar la transacción, porque puede que la CISG haga parte de su legislación interna por tratarse de un Estado Contratante. Deberá por tanto, redactarse la cláusula de selección de norma aplicable más o menos así: *"Este Acuerdo se rige para su interpretación y aplicación por las leyes de Colombia con exclusión de la CISG".*

En consideración a lo rígido del régimen anterior, se consagró en el cuerpo de la Convención[12], la posibilidad de los Estados Contratantes de excluir la aplicación indirecta de la CISG. En ese sentido, si el establecimiento del vendedor se encuentra situado en Inglaterra (el Reino Unido no ha ratificado todavía la Convención) y el establecimiento del comprador se encuentra ubicado en los Estados Unidos (Estado que ratificó la Convención con la reserva del artículo 95), se deberá acudir a las normas de DIP que correspondan, las cuales si llegaren a remitir al derecho de los Estados Unidos implicará la no aplicación de la Convención para evitar tratamientos diferentes entre los dos estados, pues de esta forma, ambos estados se conciben como no contratantes.

[12] Art. 95 de la CISG: *"Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención."*

Existen además otras reservas a la aplicación espacial de la CISG, a saber: i) un Estado Contratante puede reservarse la aplicación de la parte II (Formación del Contrato) o III (Compraventa de Mercaderías), al momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o de adherirse a la Convención; y ii) los estados plurilegislativos, es decir, aquellos integrados por varias unidades territoriales en las que, de conformidad con su sistema constitucional, sean aplicables distintos ordenamientos jurídicos en relación con los asuntos sobre los que versa la Convención, tienen la facultad de declarar, al momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión a la Convención, la salvedad de aplicación de la misma a una o varias de sus unidades territoriales.

iii. Formación e Interpretación del Contrato

Sea lo primero mencionar que el artículo 11 de la CISG establece que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Por lo que en principio también podrá modificarse por cualquier medio[13].

Sin embargo, en virtud del artículo 96 de la CISG se le permite a los Estados Contratantes excluir la aplicación del principio anterior, por lo que la misma Convención hace expreso que en el evento en que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya efectuado dicha declaración, las partes no podrán establecer excepciones ni modificar sus efectos (Art. 12 de la CISG).

De la misma manera, puede suceder que sean las mismas partes las que hayan decidido pactar que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito. Sin embargo, cualquiera de ellas quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en los mismos. Esto no es más que la aplicación de los artículos 4.1, 4.2 y 4.3 de

[13] Artículo 29 de la CISG: El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes(…)

los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) que invitan a descifrar la intención *expresada*[14] de las partes (contrato), para luego acudir a criterios externos como lo son las prácticas establecidas entre sí, y los actos realizados con posterioridad al contrato, en miras también a proteger la confianza legítima de quien ha actuado de conformidad con la interpretación que él al igual que un hombre razonable colocado en iguales o similares circunstancias, le hubiese podido dar a los actos desplegados por las contraparte.[15]

En cuanto a la interpretación de la CISG en sí misma, en su artículo 7 dispone que una vez se haya concluido que es la norma aplicable al contrato de compraventa objeto del litigio, deberá interpretarse de conformidad con la naturaleza internacional de la Convención, y a su necesidad de ser aplicada uniformemente en observancia siempre de la buena fe en el comercio internacional. Ello implica, que los árbitros y jueces en la labor de interpretación de la CISG, pueden considerar también decisiones de otros tribunales, los usos y costumbre internacional, principios generales del derecho y demás. Ello es así, para ir en contra de la tendencia de los entes decisorios de proyectar las normas locales con las que están familiarizados dentro de las provisiones de la Convención. Por otro lado, para los asuntos no cobijados expresamente en la CISG, deberán atenderse los Principios Generales

[14] Es la intención "expresada" en el contrato la que se persigue y no la intención "subjetiva" de alguna de las partes y desconocida o que no haya podido conocerse por la otra. Sin embargo, la CISG tiene en cuenta también la intención subjetiva de las partes, siempre que sea "razonable" de conformidad con las circunstancias del caso. Adicionalmente, aunque en principio, la intención de las partes podría ir en contra de lo escrito y de lo lógico, se requiere que la intención sea "lógica", pues mal podría cobijarse una interpretación que atenta contra los preceptos lógicos por los que se rigen el promedio de los seres humanos que son los llamados a entablar relaciones contractuales. **Article 8 CISG:** (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

[15] Nótese que estamos ante un supuesto en que una de las partes contratantes ha desplegado alguna acción o ha omitido realizar la acción en contra de lo estipulado en el contrato, como resultado de haber entendido razonablemente (figura del hombre razonable) que ha existido mutuo acuerdo de las partes a ese respecto. Se prefiere alegar la modificación del contrato para acceder a la totalidad de lo esperado con el contrato *("expectancy damages" en derecho americano).* De no aceptarse la modificación, como mucho, se podrían reconocer tan solo perjuicios hasta por el monto de las erogaciones efectivamente realizadas en confianza de los actos desplegados por el otro *("reliance damages" en derecho americano).*

del Derecho en los que se basa la Convención, y a las leyes aplicables por virtud de las reglas del DIP.

En lo que se refiere a la interpretación de las cláusulas del contrato mismo de compraventa, el orden que se sigue de conformidad con la CISG es el siguiente: i) términos del contrato; ii) las negociaciones y prácticas establecidas entre sí y los actos realizados con posterioridad al contrato; y por último, iii) usos y costumbres. En específico, dispone el artículo 9 de la Convención, que salvo estipulación en contrario, se entenderán aplicables al contrato o a su formación, los usos y prácticas del comercio internacional conocidos entre las partes o que han debido conocer y que son normalmente observados en el contexto internacional.

Sin embargo, como los países desarrollados están más involucrados en el comercio internacional que los países en vía de desarrollo como Colombia, los contratantes con establecimientos en países desarrollados, son realmente quienes crean los conocidos "usos comerciales" por lo que la Convención puede conllevar a una sujeción forzada a las prácticas de los países desarrollados.

En cuanto a la formación del contrato, el Código Uniforme de Comercio (UCC) adoptado por la gran mayoría de los estados en los Estados Unidos (§ 2-201), a diferencia de lo consagrado en la CISG, contempla el reconocido "**Statute of Frauds**", por el cual, todos los contratos comerciales deben celebrarse en escrito. De forma similar, al incluirse dentro de la CISG las negociaciones y prácticas establecidas entre las partes, como criterio a tener en cuenta para la interpretación del contenido obligacional de cada una de ellas, se va en contravía con lo estipulado al respecto en el UCC. Asímismo, en obediencia a la ***"parole evidence rule"*** los términos expresados de forma escrita en un contrato *final*[16] y completamente *integrado*[17], no pueden ser modificados por la conducta y los acuerdos orales de las partes previos o concomitantes a la realización del escrito.

[16] Hace referencia a que sea la última expresión de la intención de las partes.
[17] Hace referencia a que el escrito refleje íntegramente la intención de las partes y contenga todos los términos esenciales del contrato.

En el evento en que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un país que haya hecho reserva del escrito conforme el artículo 96, no podrán establecerse excepciones al requisito del escrito, y deberá obedecerse en lo que al respecto se establece en el UCC, sin que puedan tampoco modificarse sus efectos (Art. 12 de la CISG).

Ahora bien, la CISG sigue la regla de recepción de la aceptación para la formación del contrato a diferencia del UCC que contiene la llamada "mailbox rule", salvo para algunos eventos, como cuando se ha enviado primero el rechazo de la oferta o tratándose de un contrato de opción de compra o de venta, caso en el cual, el contrato se entenderá celebrado tan solo en el momento en que se ejercita la opción y se ha recibido la aceptación de la oferta.

Aunque el silencio en sí mismo no constituye aceptación, la CISG permite que declaraciones y conductas del receptor de la oferta, pueden ser tenidas como aceptación siempre que: i) se hayan dado dentro del tiempo estipulado o a falta de él, dentro de un tiempo razonable, de conformidad al medio de comunicación utilizado y ii) hayan sido conocidas o hayan podido conocerse por el ofertante.

No obstante lo anterior, la CISG permite la aceptación por medio de conducta *(Ej: pago del precio por consignación o realización de un acto a favor de un tercero)* aún en el evento de que no haya sido dada a conocer al ofertante y con efectos desde el momento mismo de realización del acto, siempre y cuando las prácticas y usos entre las partes den lugar a tal aceptación (Art.18.1.)

En cuanto a la **"batalla de las formas o battle of forms",** el artículo 19 de la CISG adopta la "mirror image rule" para la formación del contrato. Es decir, que exige que la aceptación de la oferta sea un reflejo exacto de los términos contenidos en la oferta, so pena de considerarse una contraoferta y no una aceptación. Aunque establece en principio, que un cambio que no altere materialmente lo contenido en la oferta, no convertirá la aceptación en contraoferta, luego enumera una lista ejemplificativa de cambios materiales que hacen difícil imaginar un cambio a la

oferta que no sea material como para mantener su naturaleza de "aceptación".[18] Inclusive en el evento en que el cambio en la respuesta sea considerado como "no material", el ofertante tiene la opción de impedir la formación del contrato mediante objeción oportuna por cualquier medio.

El UCC por su parte, favorece la formación del contrato al establecer que siempre y cuando sea manifiesta la intención de aceptar la oferta y formar un contrato por parte del receptor de la oferta, habrá contrato. La pregunta que se hará entonces en el evento en que se hayan incluido nuevos o diferentes términos en la aceptación, es si esos nuevos o diferentes términos se entenderán incluidos también en el contrato final pero no si existe o no un contrato. Según el art. 2 del UCC, los términos adicionales se incluirán en el contrato formado en los siguientes eventos: i) cuando se trate una compraventa entre comerciantes; ii) no afecten materialmente lo dispuesto en la oferta causando perjuicio o sorpresa al ofertante; iii) cuando no exista objeción oportuna a los nuevos términos por parte del ofertante.

Particularmente, se considera más afortunada la redacción del artículo 2 del UCC, referido a la compraventa de mercaderías, por cuanto favorece la formación del contrato cuando exista claridad sobre la intención de las partes de entablar una relación contractual, en especial, si se tiene en cuenta la celeridad y agilidad que se requieren para las transacciones en el mundo de los negocios internacionales.

iv. Disposiciones especiales sobre Compraventa

La Convención sobre la Compraventa rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas, con excepción de las ventas a consumidores y las ventas de servicios, así como las ventas de tipos concretos de mercancías.

[18] Los cambios que se incluyen en el artículo 19 de la CISG num. 3 como "materiales" son relacionados con: precio, pago, cantidad y calidad de los bienes, lugar y tiempo para el envío de la mercancía, extensión de responsabilidad y resolución de controversias entre las partes.

a. Obligaciones de las partes

Entre las obligaciones de los vendedores figuran las de entregar oportunamente las mercancías conforme a la cantidad y la calidad estipuladas en el contrato, así como en documentos conexos, y la de transferir la propiedad de los bienes. Adicionalmente, están obligados a entregar los documentos relacionados con las mercancías, según lo establecido en el contrato (arts.30-35 de la CISG).

Si el vendedor no está obligado a entregar las mercancías en un sitio particular al comprador, su obligación de entrega consistirá: i) en entregar las mercancías al primer transportador; ii) colocarlas a disposición del comprador en el lugar donde de conformidad con el contrato, las mercancías deban ser manufacturadas o iii) colocarlas a disposición del comprador en el establecimiento de negocio del vendedor.

Para que las mercancías se entiendan conforme al contrato deberán: i) ser idóneas para los propósitos para los cuales son normalmente utilizadas; ii) ser idóneas para el propósito particular para el que van a ser utilizadas por el comprador, siempre y cuando haya sido dado a conocer al vendedor expresa o implícitamente, iii) poseer las calidades de la mercancía que fue dada a conocer al comprador como muestra o ejemplo; iv) estar empacadas en la forma habitual para ese tipo de mercancías o de forma razonable para su protección, v) estar libres de cualquier pleito o pretensión de terceras partes[19]. No obstante lo anterior, no habrá incumplimiento de la obligación de entrega, si al tiempo del contrato el comprador fue consciente de la falta de alguno o varios de los anteriores requisitos de conformidad.

Por su parte, los compradores están obligados a pagar el precio estipulado, a recibir las mercancías entregadas y a notificar dentro de un plazo razonable al vendedor

[19] En virtud del artículo 43 de la CISG, el comprador perderá el derecho a reclamar por inconformidad por existencia de pleito, cuando no notifique al vendedor especificando la naturaleza del mismo, dentro de un tiempo razonable después de haber sido consciente de su existencia.

de cualquier inconformidad de las mercaderías so pena de perder el derecho a una reclamación por incumplimiento.

b. Alternativas ante el Incumplimiento.

La parte agraviada puede exigir el cumplimiento del contrato, reclamar daños y perjuicios o declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial. Existirá un "incumplimiento esencial" cuando resulte en un detrimento que prive sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar conforme al contrato, a no ser que la parte incumplida al igual que una persona razonable colocada en circunstancias similares no hubiera podido prever dicho perjuicio (art.25 de la CISG).

A pesar del derecho que le asiste a la parte inocente de exigir el cumplimiento del contrato, la corte ante la que se eleva tal reclamación, no estará obligada a ordenar el cumplimiento forzado del contrato en el caso de que conforme a la legislación interna esa no sea la solución a adoptar (art.28 de la CISG), como podría suceder en el evento en que se pretendiera el cumplimiento forzado de las obligaciones del comprador con establecimiento de comercio en los Estados Unidos, pues ahí a diferencia de Colombia y demás países con civil law[20], la regla común es la resolución del contrato con indemnización monetaria y el cumplimiento forzoso de la obligación tan solo la excepción. Por lo anterior, se suele hacer un paralelo entre los sistemas del civil law- moralidad, y los del common law – eficiencia[21].

[20] Se excluyen los eventos de imposibilidad de cumplimiento y de obligaciones de hacer cuando el obligado se rehúse a realizar el acto objeto de obligación como consecuencia de encontrarse prohíbido cualquier forma de esclavitud.

[21] Fundamental of International Business Transactions. RONALD A. BRAND. Edition volume I. 2013. Págs. 77-95.

En los casos de inconformidad de las mercaderías, el comprador tiene también derecho a pedir la reducción del precio del contrato al valor de las mercaderías en el estado en que se encontraban al tiempo de la *transmisión del riesgo*. (arts. 44 y 50 de la CISG)

c. Transmisión del Riesgo.

La CISG dispone en su artículo 36, que el vendedor será responsable contractualmente por cualquier inconformidad de las mercancías al tiempo en que el riesgo de pérdida o deterioro de ellas sea transmitido al comprador, aún en el caso de que la inconformidad sea evidente en momento posterior a la transmisión del riesgo.

Resulta entonces determinante establecer con claridad el momento preciso en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías será transmitido del vendedor al comprador. No obstante lo anterior, el vendedor también responderá por los perjuicios que se causen al comprador por cualquier inconformidad que ocurra luego de transmitido el riesgo siempre y cuando ocurra alguno de estos dos eventos: i) la falta de inconformidad posterior es consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones del vendedor o ii) el vendedor haya garantizado la conformidad de las mercaderías por algún periodo de tiempo posterior al momento de transmisión del riesgo como una obligación de resultado. La primera de tales hipótesis podría presentarse en el caso de que luego de transmitido el riesgo al comprador, la mercadería se averiara o rompiera a causa de que el vendedor hubiera incumplido su obligación de empacarlas en debida forma.

Sin embargo, para que se pueda predicar cualquier responsabilidad por parte del vendedor por inconformidad de las mercaderías, el comprador ha debido: i)

satisfacer primero su deber de examinar las mercancías dentro de un tiempo razonable según las circunstancias del caso y segundo, ii) darla a conocer al vendedor también dentro de un tiempo razonable luego del descubrimiento de la inconformidad a más tardar dentro de dos años contados a partir del momento en que las mercancías han sido efectivamente recibidas por él, salvo estipulación en contrario de las partes.(Art. 39, num. 2)

Los redactores de la CISG, previendo que tales disposiciones pudiesen ser usadas por el vendedor para encubrir su responsabilidad por inconformidad de las mercaderías, consagraron de forma expresa que el vendedor no podrá de ninguna manera exonerarse cuando el comprador no haya dado aviso de la inconformidad en tiempo razonable y la inconformidad se refiera a hechos conocidos o que debió haber conocido el vendedor y que no fueron revelados al comprador.

3. ESTRUCTURA BÁSICA DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

El contrato de Compraventa internacional de mercaderías es básicamente una transacción de exportación-importación, que se compone adicionalmente de un conjunto de contratos relacionados, como lo son: i) el contrato de transporte marítimo o aéreo, ii) contrato de seguro, iii) carta de crédito, entre otros.

La estructura básica de la transacción es más o menos como sigue[22]:

i. El vendedor entrega la mercancía al transportador-A
ii. Transportador entrega el “conocimiento de embarque” al vendedor antes de partir en tránsito.- B
iii. Vendedor envía el “conocimiento de embarque” y otros documentos (como, la carta para pago, la póliza o certificado de seguro de las

[22] Fundamental of International Business Transactions. RONALD A. BRAND. Edition volume I. 2013.

mercaderías y factura comercial) al comprador o al banco intermediario (en caso de existir carta de crédito).-C

iv. El banco luego dará orden de pago de acuerdo a la carta de solicitud de pago presentada, la cual, puede ser: i) *a término:* el banco colocará un signo de aceptación en la carta, convirtiéndola en un instrumento negociable, que conlleva la obligación de pago del banco en el momento fijado en la misma; o ii) *a la vista:* lo que implica el pago inmediato a la presentación. Para que el vendedor reciba el pago por parte del banco intermediario presentará todos esos documentos los cuales deberán estar a satisfacción del banco (normalmente en conformidad con lo estipulado en el UCP600).-D

v. El banco del vendedor que sirve como intermediario o garante, posteriormente envía los documentos que le fueron entregados por el vendedor, al banco del comprador.-E

vi. El banco del comprador debitará de la cuenta del comprador o recibirá el pago directamente por parte del comprador a cambio de los documentos recibidos.-F

vii. Posteriormente, el comprador presentará el conocimiento de embarque al transportador.-G

viii. El transportador, entregará las mercaderías al comprador o las colocará a su disposición para inspección.-H

Los documentos que intervienen normalmente en una compraventa internacional son los siguientes:

- *Contrato de compraventa:* normalmente preparado por el vendedor. Incluye la descripción de las mercancías, el precio, valor estimado del transporte y seguro, etc.
- *Carta de crédito:* carta preparada por el banco que establece que un crédito ha sido abierto a nombre del comprador y a favor del vendedor para proteger al vendedor del riesgo de no pago. Establece los documentos que deberán ser presentados por el vendedor para recibir el pago por parte del banco intermediario.

- *Factura comercial:* preparada y firmada por el vendedor. Incluye las partes de la transacción, la destinación de la mercancía, incoterm utilizado, precio de la mercancía, costos de seguro, costo de transporte, valores de aduana etc.
- *Conocimiento de embarque:* suscrito por el transportador y entregado al vendedor al momento en que las mercaderías son entregadas al transportador. Representa el título de propiedad sobre las mercaderías, por lo que su posesión da derecho a reclamar la mercancía en el lugar de destino.
- *Póliza de seguro:* certificado suscrito por la compañía de seguro para cubrir por riesgo de pérdida o averío de la mercancía en tránsito.
- *Carta de pago:* suscrito por el vendedor y dirigido al banco respectivo junto con los documentos necesarios para reclamar el pago de conformidad con los requisitos establecidos en la carta de crédito.

Ahora bien, para la asignación de las obligaciones de las partes, el precio y el momento de transmisión del riesgo de pérdida de las mercaderías, la Cámara de Comercio Internacional ha desarrollado los términos conocidos como "Price-delivery terms o Incoterms" los cuales contienen todos: i) *un elemento "precio":* ¿cuál de las partes está financieramente obligada a pagar por las obligaciones que surgen al raíz del contrato? y ii) *un elemento "transporte":* asignación del riesgo de pérdida o daño de las mercancías en tránsito y del tiempo en que ciertas obligaciones nacen para cada parte.

Con cada uno de los "Incoterms", se mantiene la obligación para el vendedor de entregar las mercaderías conforme al contrato así como de asistir al comprador en la obtención de los documentos necesarios para hacer efectivo el envío y la entrega de las mercancías en el lugar de destino. Los Incoterms, fueron ajustados en el 2010 para permitir su uso en contratos de compraventa domésticos también.

Para comprenderlos, es necesario imaginarnos la situación ideal tanto para el vendedor como para el comprador. Mientras el vendedor buscará siempre convertir la transacción a una compraventa doméstica cara-a-cara, en donde el pago se daría

de forma inmediata contra entrega de la mercancía en las instalaciones de su establecimiento comercial; el comprador por su lado, buscará que el vendedor asuma los costos de transporte y todo el riesgo relacionado con la pérdida o daño de la mercadería hasta el momento en que es colocada en el lugar de destino, es decir, un escenario en donde el vendedor cumpla las funciones tanto de exportador como de importador.

En la medida en que ambos intereses de las partes son llevados al terreno de la negociación, el resultado puede ser la inclusión de un *término* más o menos favorable a una de ellas según su poder de negociación. Así existen unos términos más inclinados al escenario ideal del comprador, mientras que otros lo son al del vendedor. Es importante por tanto, identificar en cada uno de ellos la parte que saldrá más favorecida según la asignación de obligaciones a que conlleva antes de decidir plasmarlo en el clausulado de un contrato de compraventa internacional, pues de lo contrario, una selección inadecuada del término a regir la transacción puede derivar en mayores cargas obligacionales para la parte a quien se representa. Según el término seleccionado, se clasifican los contratos de compraventa internacional en:

- ***contratos de embarcación:*** el riesgo de pérdida de mercadería en tránsito se transmite al comprador antes o en el momento de embarque de las mercaderías. Los contratos más comunes de este tipo se componen por la inclusión de los siguientes términos:
    a. *FOB (free on board):* En este tipo de contratos, el vendedor tiene la obligación de entregar las mercancías para su embarque al contenedor normalmente escogido por el comprador. Adicionalmente debe hacer toda la gestión para la exportación de las mercaderías y sufragar sus costos. Por el otro lado, el comprador deberá cancelar el valor del seguro y del flete al igual que los costos de importación y desembarque de las mercaderías en el puerto de destino. Por lo general al término se le acompaña de la especificación del lugar donde el riesgo por pérdida o averío de la mercaderías será transmitido del vendedor al comprador. En

ese sentido, si nos encontramos ante un contrato FOB (lugar de embarque) querrá decir que el riesgo se transmitirá al comprador en el momento mismo en que las mercancías son entregadas al transportador y debidamente embarcadas en un contenedor respectivo.

b. *CIF (Cost, insurance & freight):* En este tipo de contratos el riesgo de pérdida o avería de las mercaderías se transmite al comprador cuando son entregadas para tránsito. El vendedor paga por los trámites de exportación, el seguro y el flete, mientras el comprador sigue siendo responsable por los valores de importación y desembarque de las mercaderías.

- ***contratos de destino:*** el riesgo de pérdida de mercadería en tránsito se transmite al comprador en el momento o después de que la mercancía llega a su lugar de destino.

Lo anterior, puede ser ilustrado de la siguiente manera:

Términos "E"	Términos "F"	Términos "C"	Términos "D"
Elemento transporte: "Ex works" es un término de partida en donde las mercancías son enviadas al comprador en las instalaciones del establecimiento de comercio del vendedor	**Elemento transporte:** Estos términos implican que la entrega de las mercaderías por parte del vendedor al transportador normalmente designado por el comprador.	**Elemento transporte:** Estos términos implican que el vendedor se encargue de contratar el transporte sin que asuma el riesgo de pérdida o daño de las mercaderías en tránsito.	**Elemento transporte:** Estos son términos de destino bajo los cuales, el vendedor asume todos los costos y riesgos hasta que las mercaderías sean puestas en el lugar de destino.
Asignación del riesgo: El término EXW no crea un verdadero contrato internacional de transporte entre el vendedor y el comprador. Y si	**Asignación del riesgo**: Entre ellos tenemos: - *FAS (free alongside ship):* Este término solamente se utiliza para cuando las mercancías van a ser	**Asignación del riesgo**: Entre ellos tenemos: - *CPT (carriage paid to):* Puede ser usado para cualquier modo de transporte. Aunque el vendedor debe cancelar los costos	**Asignación del riesgo**: - *DAT (delivered at terminal):* El vendedor asume todos los costos y riesgos asociados

fuera internacional, el comprador cumpliría ambas funciones de exportador e importador. Como consecuencia, el comprador asume todos los gastos asociados con el transporte de la mercadería al igual que el riesgo por pérdida o daño de la misma.	transportadas vía marítima en donde el riesgo se transmite en el momento en que las mercancías son entregadas al transportador. El vendedor sin embargo, es responsable por el trámite de exportación. - *FOB (Free on board).* Aquí, se transfiere el riesgo cuando las mercaderías han sido efectivamente embarcadas. Normalmente el vendedor se encarga de los trámites y costos del transporte y del seguro, aunque en teoría son responsabilidad del comprador. - *FCA (free carrier):* Este término puede ser usado para cualquier modo de transporte incluyendo el transporte multimodal. El vendedor es normalmente responsable por	del transporte hacia el lugar del destino, en términos de transferencia de riesgo, este es un contrato "de embarque" y el riesgo se transmite cuando la mercancía es entregada al primer transportador. Mientras el vendedor se encarga de los costos de exportación, el comprador de los costos de importación y de seguro, en ese sentido, el comprador actúa como importador y el vendedor como exportador. - *CIP (carriage and insurance paid to)* similar al término "CPT" a excepción de que en este caso, el vendedor deberá sufragar los costos del seguro. - *CFR (cost and freight):* el riesgo en este tipo de contratos, se transfiere cuando cuando las mercaderías están a bordo del	con el transporte de las mercaderías hasta tanto sean descargadas del contenedor respectivo en el lugar de destino y colocadas a disposición del comprador, quien en principio se encargará solamente de los gastos relacionados con la importación. - *DAP (delivered at place):* la obligación del vendedor se extienden hasta el momento en que las mercaderías son colocadas a disposición del comprador. - *DDP (delivered duty paid):* Aquí, el vendedor

	los costos y trámite de exportación.	contenedor en el lugar de embarcación. Las obligaciones de las partes son como en el contrato FOB solo que aquí el vendedor también se hace cargo de los costos del flete. - *CIF (cost, insurance and freight):* Aquí las partes tienen las mismas responsabilidades que en un contrato que incluya el término "CFR" con la diferencia de que aquí, los costos del seguro es de la responsabilidad de el vendedor.	igualmente responde hasta el momento en que las mercaderías son colocadas a disposición del comprador, pero se diferencia de la figura anterior en que el vendedor hace las veces tanto de exportador como de importador.

Es menester mencionar, que la CISG deja abierta la posibilidad de incluir los INCOTERMS al contrato, o inclusive de que se entiendan incorporados al mismo por aplicación de los usos comerciales, los cuales, en los términos de la Convención, pueden ser utilizados para la interpretación de las cláusulas contractuales de las partes.

Un caso muy famoso en los Estados Unidos, es el caso "Biddel Brothers v. E Clemes Horst Co. (UK Ct Appeals, 1911), en donde el vendedor Clemes, celebró un contrato CIF con Biddell Brothers ("BB", Londres) para el envío de lúpulos. Mientras el comprador BB, alega su derecho a inspeccionar las mercaderías para verificar su conformidad con el contrato, antes de proceder a realizar el pago de las mismas, el vendedor alega que el pago del precio debió hacerse contra entrega del documento de "conocimiento de embarque", atribuyéndole a dicho documento, el carácter de

título de propiedad sobre las mercaderías, en la medida en que da derecho al comprador para reclamarlas.

Por lo anterior, el vendedor se rehusó a enviar las mercaderías, lo que últimas originó que el comprador demandara por incumplimiento contractual. El problema radica en que el contrato no decía expresamente: “pago contra entrega de documento” sino por el contrario, solo “pago en efectivo” por lo que la pregunta llamada a resolver era si: ¿la expresión “en efectivo” incluida en un contrato CIF necesariamente significa “pago contra entrega de documentos” por el que el comprador tiene que pagar el precio independientemente de si ha recibido o no las mercaderías y por el simple hecho de que se le hizo entrega del “conocimiento de embarque” o si por el contrario, el comprador tiene el derecho a inspeccionar las mercaderías antes de proceder a su pago?

En un contrato CIF, el vendedor asume los costos de las mercancías, del seguro y del transporte, por lo que cualquier fluctuación monetaria es asumida por el vendedor indudablemente. En todo contrato de compraventa internacional, el vendedor tiene el riesgo del no pago del precio, mientras el comprador tiene el riesgo de no conformidad de las mercancías.

En las consideraciones se tuvo en cuenta que es usual que las partes en un contrato de compraventa internacional incluyan la frase “pago contra entrega de documentos” para hacer claridad de que es en el momento de entrega del “conocimiento de embarque” en que el comprador deberá realizar el pago de la mercancía y no en tiempo posterior cuando ya ha sido recibida por él. Resulta conveniente entonces la inclusión de dicha cláusula en los contratos, pues de lo contrario, se corre el riesgo de que por aplicación de la *lex mercatoria* o de los *usos comerciales*, se presuma que el comprador tiene derecho a inspeccionar las mercancías antes de proceder al pago de las mismas. No obstante ello, el comprador puede escoger entre “*entrega simbólica*- que se da por medio de la entrega del conocimiento de embarque” o *“entrega real*- entrega de las

mercaderías". Sin embargo, si las mercaderías se perdieran en tránsito, la opción terminaría para el comprador, debiendo asumir la pérdida de la mercadería luego de haber realizado el pago al momento en que le fue entregado el conocimiento de embarque.

No obstante el anterior razonamiento, se concluyó que el pago debe hacerse contra entrega del conocimiento de embarque, toda vez que no hacerlo, implicaría colocar al vendedor en la penosa situación de arriesgarse a no recibir el pago de mercancías, sobretodo en un contrato CIF, en donde por definición, es el vendedor quien debe asumir todos los costos de seguro y transporte, toda vez que por equidad procesal, se debe suponer que el comprador estará obligado al pago una vez recibe el documento que lo facultará para reclamar las mercancías, pudiendo no obstante luego de la inspección protestar por su inconformidad y pedir indemnización por perjuicios causados.

En lo que a la CISG se refiere, se podría decir que soporta dicha conclusión al estipular en su artículo 58, numeral primero que: " salvo estipulación en contrario, el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías en el momento en que el vendedor coloca a su disposición las mercaderías o **los documentos** según el contrato, pudiendo el vendedor inclusive, condicionar la entrega de las mercancías o **documentos** (conocimiento de embarque), al pago del precio."

Curiosamente, en el numeral tercero del mismo artículo, se dice que el comprador no estará obligado al precio hasta tanto no haber tenido la posibilidad de inspeccionar las mercaderías, sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que las partes estipulen una forma de pago diferente, como puede suceder, al incluirse uno de los *incoterms* al contrato.

Una posible solución a los problemas anteriores, podría ser que el comprador esperara pagar después de haber tenido la posibilidad de inspeccionar las

mercaderías y que tan solo en un momento posterior, se le entregara el “conocimiento de embarque” para su respectivo reclamo en el puesto de destino.