Incoterms

Contrato de seguro y compraventa
internacional de mercaderías:
propiedad, riesgo e interés asegurable

Mauricio Alzate Ossa

**INCOTERMS, CONTRATO DE SEGURO
Y COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:
propiedad, riesgo e interés asegurable**

Mauricio Alzate Ossa

**INCOTERMS, CONTRATO DE SEGURO
Y COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:
propiedad, riesgo e interés asegurable**

Autor

© Mauricio Alzate Ossa, 2016

© Universidad Santo Tomás, 2016

Ediciones USTA Carrera 13 n.º 54-39

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfonos: (+571) 249 71 21/235 19 75

editorial@usantotomas.edu.co

<http://www.editorial-usta.edu.co>

Director editorial: Daniel Blanco Betancourt

Coordinador de libros: Marco Giraldo Barreto

Diseño y diagramación: Diego Mesa Quintero

Corrección de estilo: Leidy Castaño

Impresión: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-631-926-3

Impreso en Colombia • Printed in Colombia

Primera edición, 2016

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

Contenido

<i>Introducción</i>	ix
1. CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	11
1.1. ORIGEN, CONCEPTO Y NATURALEZA	11
1.1.1. Ámbito de aplicación de la Convención	14
1.1.2. Carácter dispositivo y supletorio de la Convención (Aplicación por voluntad de las partes)	17
1.1.3. Los usos y prácticas entre las partes y los usos generales de comercio en la Convención	23
1.2. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD (TRADICIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	31
1.2.1. La transferencia del dominio o tradición en Occidente	31
1.2.2. La transferencia del dominio o tradición en Colombia	33
1.2.3. La transferencia del dominio o tradición en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías	35
1.2.4. Jurisprudencia	40
1.3. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA CONVENCIÓN	44
1.3.1. Sin transporte	50
1.3.2. Con transporte	51
1.3.3. En tránsito	52
1.3.4. Jurisprudencia	54

2. INCOTERMS (INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS)	61
2.1. ORIGEN, CONCEPTO Y NATURALEZA	61
2.1.1 Naturaleza jurídica de los INCOTERMS.	
Desde los INCOTERMS como usos hasta los INCOTERMS	
como <i>lex mercatoria</i> finalmente subordinados a la voluntad contractual	72
65	
2.1.2 La entrega, la propiedad y el riesgo en cada INCOTERMS	80
3. EL CONTRATO DE SEGURO, EL INTERÉS ASEGURABLE COMO UNO DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES Y SU RELACIÓN CON LA ENTREGA, LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO Y LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD	99
3.1. INTERÉS ASEGURABLE COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE SEGURO	99
3.1.1 Interés asegurable como elemento del contrato de seguro en el marco de la compraventa internacional de mercaderías y los INCOTERMS	102
3.1.2 Jurisprudencia nacional	106
3.1.3 Fisuras que se profundizan	117
La venta en tránsito	120
4. CONCLUSIONES Y APARENTES POSIBLES SOLUCIONES	125
4.1. Endoso o cesión de la póliza. Diferencia y relación con la cesión del interés asegurable o el bien sobre el cual recae	125
4.2. Cesión del interés asegurado y/o de los bienes sobre los que recae	129
4.3. Seguro por cuenta ajena y seguro de transporte	134
4.4. Soluciones desde el derecho comparado	134
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

Índice de tablas

<i>Tabla 1. EXW. EN FÁBRICA</i>	81
<i>Tabla 2. FCA. FRANCO PORTEADOR</i>	82
<i>Tabla 3. CPT. TRANSPORTE PAGADO HASTA</i>	84
<i>Tabla 4. CIP. TRANSPORTE Y SEGURO PAGADOS HASTA</i>	86
<i>Tabla 5. DAT. ENTREGADA EN TERMINAL</i>	87
<i>Tabla 6. DAP. ENTREGADA EN LUGAR</i>	89
<i>Tabla 7. DDP. ENTREGADA DERECHOS PAGADOS</i>	90
<i>Tabla 8. FAS. FRANCO AL COSTADO DEL BUQUE</i>	91
<i>Tabla 9. FOB. FRANCO A BORDO</i>	93
<i>Tabla 10. CFR. COSTO Y FLETE</i>	95
<i>Tabla 11. CIF. COSTO, SEGURO Y FLETE</i>	96

Introducción

El presente trabajo hace parte, como extensión, de una serie de artículos desarrollados por el autor sobre el tema¹. Tratando de desentramar la influencia, en el contexto nacional, del tratamiento de los INCOTERMS en la transmisión de la propiedad y del riesgo en el contrato de compraventa internacional de mercaderías y en el interés asegurable como elemento esencial del contrato de seguro que las ampara, se ha desarrollado, desde el punto de vista metodológico, la fase de búsqueda y rastreo del estado del arte sobre los siguientes temas, que constituyen las principales categorías presentes en este trabajo, a saber: (i) el contrato de compraventa internacional, (ii) los INCOTERMS y (iii) el Interés asegurable en el contrato de seguro.

De tal búsqueda, se han desprendido algunas variables que alimentan y sirven de vehículo conductor hacia algunas de las respuestas teóricas que fundamentan este trabajo, las cuales van relacionadas con la transversalidad de la figura jurídica del riesgo, en aquellas tres principales categorías.

Teniendo en cuenta que este trabajo tiene, como uno de sus objetivos fundamentales, analizar integralmente el riesgo asegurable y el interés asegurable como elementos esenciales del contrato de seguro y su relación con el contrato de compraventa internacional de mercancías y los INCOTERMS, en tanto mecanismos de transferencia de la propiedad y de los riesgos de la cosa vendida, se ha encontrado cómo la naturaleza jurídica de los INCOTERMS y su relación con la denominada *lex mercatoria* se hace vital a la hora de definir y transversalizar principios afines a todas las categorías definidas, en tanto principios propios del derecho privado, tales como la consuetudinariiedad del derecho mercantil y la autonomía privada de la voluntad, esta última pilar fundamental de tan importante rama del derecho.

Al respecto de los INCOTERMS, se presenta una primera inquietud referente a su naturaleza, teniendo en cuenta que no hacen parte de un cuerpo normativo estrictamente positivizado, que no emanan de un órgano jurisdiccional, gubernamental o supranacional que les pueda imprimir coercibilidad y que, muy por el contrario, obedecen a una recopilación ordenada y detallada de las costumbres que los empresarios han dado en aplicar por economía y celeridad de sus transacciones.

Es en este sentido, como desentramar la naturaleza de los INCOTERMS permitirá enmarcar el ámbito de la autonomía privada de la voluntad, concretado en la libertad de configuración contractual, de tal manera que se puedan definir las verdaderas facultades que en esta materia tienen las partes en el contrato de compraventa internacional, con miras a proteger de manera adecuada los riesgos por pérdida, destrucción o avería de la mercancía.

1 Véase Mauricio Alzate Ossa (2013).

Algunas de las figuras esenciales del régimen de seguros en Colombia, a partir del contrato de compraventa internacional de mercaderías, se ven trastocadas radicalmente en tanto y en cuanto el riesgo por la pérdida de la mercancía, la obligación de toma del seguro, el interés asegurable y su estrecha relación con los INCOTERMS y los demás usos y costumbres comerciales internacionales, permean de tal manera las relaciones comprador-vendedor y la relación entre estos y las compañías aseguradoras, que dan lugar a una grave falta de claridad al momento de contratación del seguro sobre las mercancías vendidas; y, naturalmente, un desafortunado desenlace al momento de definir la responsabilidad del vendedor, del comprador y de la aseguradora en el instante en que se materializa un riesgo sobre las mismas.

Se trata así, de un complejo pero apasionante tema que desborda el solo interés académico para convertirse en foco de interés práctico, en tanto involucra importantes elementos presentes en las relaciones económicas y jurídicas actuales, tales como la compraventa –eje del comercio nacional e internacional– y las obligaciones que se desprenden de su esencia y naturaleza; el contrato de seguro y sus componentes más primarios, la internacionalidad presente en ambos, como factor de distinción que marca, desde ya, la aplicación de unas reglas y principios que, como los INCOTERMS, son ya en demasía comunes como para no tenerlos en cuenta en su justa y precisa dimensión, a la hora de su tratamiento académico y práctico.

El desconocimiento de tan complejo, pero importante tema, no es un secreto en el medio, en el que se extralimitan, de no pocas formas, los alcances de los INCOTERMS, dándoles un carácter imperativo en algunos casos o negando su importancia regulatoria, en algunos otros.

Lo anterior, por cuanto el enfoque que desde el punto de vista académico se le ha dado a tales términos ha sido encaminado más desde parámetros logísticos que jurídicos, lo que no ha permitido un análisis integral que lo confronte con la normatividad comercial y aduanera, no solo de los propios INCOTERMS, sino, se reitera, también con figuras que no pueden escapar de su ámbito, como el contrato de compraventa mismo, la transmisión de la propiedad y el riesgo inserto en él, así como el contrato de seguro enfocado en el riesgo, el interés asegurable y su cobertura como parte de sus elementos esenciales y naturales. Todo mirado en el ámbito nacional, pero bajo el lente internacional, como obviamente lo deja ver de sí, el solo hecho de que se hable de INCOTERMS.

Los múltiples actores del comercio internacional –léase comprador, vendedor, corredor, comisionista, transportador, agente de aduanas, compañías de seguros, entre muchos otros– se podrán beneficiar de una línea de profundización investigativa que represente para ellos y la comunidad académica en general, un instrumento de conocimiento y aplicación a su actividad.

Será el método dogmático el punto de partida, mas no el de llegada en el presente trabajo, habida cuenta de que se busca partir de construcciones doctrinarias que ya están previamente elaboradas para dar solución y discusión al tema propuesto.

1.

El contrato de compraventa internacional de mercaderías

1.1 ORIGEN, CONCEPTO Y NATURALEZA

El contrato de compraventa internacional de mercaderías como régimen jurídico dispositivo o supletorio, si se quiere, nace como una necesidad de unificación y estandarización de las reglas vigentes en materia de comercio internacional.

En una transacción interna, el derecho aplicable constituye un presupuesto perfectamente definido, mientras que en una compraventa de naturaleza internacional son varios los ordenamientos susceptibles de regularla. Según sea uno u otro el aplicable, se alcanzará un resultado diferente en puntos tan trascendentes como los requisitos y efectos de la oferta, la transmisión del riesgo, o la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa del contrato e incluso su resolución en caso de incumplimiento de sus obligaciones por alguna de las partes. (Esplugues Mota, Barona Vilar, & Hernández Martí, 1999, p. 266)

Es este el factor fundamental de justificación para la existencia de un régimen unificador como el que propone la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y es también la razón fundamental de su marcada tendencia hacia la neutralidad dogmática, en tanto trata de no tomar partido por alguna de las diferentes concepciones que alrededor de las diversas instituciones del derecho privado rodean a la compraventa como negocio jurídico.

Al decir de Esplugues Mota et al. (1999), este hecho, que presenta consecuencias negativas en un sector tan dinámico como el del comercio internacional, unido a la

ya mencionada inadaptación de las normativas nacionales a la realidad del tráfico comercial internacional, ha motivado la existencia, a través de los tiempos, de distintos intentos de codificación en la materia. Codificación tanto sustantiva como conflictual, mediante la cual se pretende alcanzar una reglamentación uniforme de la compraventa internacional, que permita superar las lagunas y contradicciones presentes en las distintas respuestas nacionales y lograr, a su vez, un mayor nivel de seguridad para los participantes en el comercio transnacional. Evitando, de esta suerte, las dificultades derivadas de la presencia de ordenamientos jurídicos dispares.

Es un proceso paralelo al de carácter sustantivo que, entre otros frutos, ha dado lugar al Convenio de la Haya del 15 de abril de 1958 sobre transmisión de la propiedad en casos de venta internacional de bienes muebles corporales, que todavía no ha entrado en vigor –y al Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías del 22 de diciembre de 1986, que viene a complementar el Convenio de Viena de 1980– (Esplugues Mota et al., 1999).

Desde 1930, se rastrean esfuerzos por la confección de un régimen unificador de las reglas sobre la compraventa internacional de mercaderías (bienes muebles corporales); esfuerzos auspiciados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que tomaron como base fundamental el trabajo adelantado por el jurista alemán Ernst Rabel, interrumpidos a raíz de la segunda guerra mundial.

En 1964, se reunieron en la Haya, los representantes de 28 países con la misión de aprobar el conjunto de reglas que gobernarían los contratos de compraventa internacional. Los resultados de este esfuerzo dieron sus frutos el día uno de julio de 1964 cuando se aprobaron dos Convenciones: una relativa a un Derecho Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, que incorporaba como anexo una ley uniforme: Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUVI o, en su acrónimo inglés, ULIS) y otra Convención sobre un Derecho Uniforme sobre Formación de Contratos que igualmente incorporaba una ley uniforme sobre el tema: Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUF-ULF). (Perales Viscasillas, 2002)

Dos años más tarde la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). Con base en estas dos disposiciones, con el auspicio de dicha Comisión y el trabajo del profesor mexicano Jorge Barrera Graf, quien dirigió el grupo de trabajo que presentó dos proyectos a la Comisión, que luego fueron compilados en uno, la UNCITRAL presentó a la Asamblea General el proyecto que se aprobó en Viena el 11 de abril de

1980 como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), entrando a regir en 1988.

Es así como el contrato de compraventa internacional de mercaderías regulado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías - Convenio de Viena de 1980, integrado al sistema jurídico colombiano a través de la Ley 518 de 1999, cobrando vigencia en agosto 1.º de 2002, se convirtió en la base regulatoria del tráfico mercantil internacional, con un marcado acento dispositivo y además supletorio de la voluntad de las partes. Así se deja ver desde las notas explicativas inmersas en su texto original:

(...) Estos compromisos se manifiestan de diversos modos a lo largo de su articulado. En ocasiones tienen el efecto de materializarse en cláusulas prácticamente inútiles (por remitirse a las disposiciones de la *lex fori*). En otros casos se presentan como un intercambio de concesiones plasmadas en cláusulas de sentido opuesto (pero no necesariamente anulándose mutuamente). En cualquier caso, la CNUCCIM constituye un indiscutible logro en el camino hacia la armonización de la legislación aplicable a la compraventa internacional de bienes. La posibilidad de que un país se adhiera a la CNUCCIM con reservas sobre ciertos contenidos ha jugado igualmente un papel clave en su aceptabilidad mundial, si bien, de nuevo, a costa de la armonización. Por último, debería prestarse atención a los artículos de la CNUCCIM que no aportan suficiente seguridad jurídica al contrato de compraventa internacional que se limite a identificar el precio, plazo de entrega, cantidad y naturaleza de los bienes (en su caso). La negociación de cláusulas concretas, completando o modificando dichas disposiciones, resultará de gran ayuda en aras de asegurar el éxito de la relación comercial. (Subrayado por fuera del original)

La eminente prevalencia de la autonomía privada de la voluntad, propia de las relaciones jurídicas mercantiles, presente en el régimen de la Convención de Viena, permite que las partes en el contrato decidan las fuentes normativas que regirán su relación contractual, (i) de manera general, en cuanto a la posibilidad de acoger o sustraerse de sus postulados y (ii) de manera especial, en cuanto a tópicos concretos, como el de la entrega, la transferencia de la propiedad y el traslado del riesgo.

De acuerdo con Marín Fuentes, una noción aproximada del contrato de compraventa en el marco de la convención

(...) puede ser aquella que lo define como aquel acto jurídico de contenido obligacional, en el cual dos personas físicas o jurídicas que se encuentran en estados diferentes, y

que se denominan de un lado el vendedor y del otro el comprador, se comprometen a realizar unas determinadas prestaciones de naturaleza comercial y en consecuencia, el vendedor se obligará a transferir al comprador, la propiedad que posee sobre una o varias mercancías, y éste último se obliga a recibirlas y pagar por ellas un determinado precio en dinero. (Marín Fuentes, 2006, p. 24)

Definición que se complementa adicionando que el concepto de establecimiento se hace preponderante, convirtiéndose en un factor de delimitación en cuanto al ámbito de aplicación y por ende al concepto mismo de compraventa internacional; en tanto, como se verá más adelante con respecto, precisamente, a dicho campo de aplicación, es el mencionado establecimiento de las partes el que define la internacionalidad del contrato. De esta manera, debe precisarse, que las partes (comprador y vendedor) deberán tener sus establecimientos en Estados diferentes (que deberán ser Estados parte de la Convención o remitir sus normas de derecho internacional privado a un Estado que sí lo sea). No obstante, el artículo 11 de la Convención establece, por defecto, el establecimiento de alguna de las partes, el lugar de su residencia habitual.

Así mismo, para la Convención, en busca de una neutralidad dogmática, la transferencia de la propiedad se convierte en una obligación que puede o no venir inmanente a la entrega y/o a la transmisión del riesgo por la pérdida fortuita de su objeto material. “Como indica el comentario de la Secretaría al actual art.4, §4, la Convención no se aplica a la transmisión de la propiedad de las mercancías vendidas, ya que no se pudo alcanzar una unificación normativa” (Perales Viscasillas, 2002). Así mismo, lo expresa Galán Barrera (2003b, p. 99):

En lo relacionado con la transmisión de la propiedad, la Convención considera que la transferencia de dominio no es un elemento propio de la compraventa sino uno de sus efectos, entendiéndola por tanto como un deber del vendedor. Según lo previsto en el art. 30 de la Convención, el vendedor se encuentra obligado a transmitir la propiedad de la cosa y se produce, por lo tanto, un incumplimiento en la citada conformidad en el evento en que la mercancía entregada se encuentre subordinada al ejercicio de derechos por parte de terceros, a menos que medie autorización y voluntad del comprador para aceptarla afectada por dichos derechos.

Es esta, la tradición de las mercaderías, una de las variables principales del presente trabajo, por lo que más adelante se abordará en profundidad.

1.1.1 Ámbito de aplicación de la Convención. Aunque no hace parte de la esencia del presente escrito, sí se debe empezar por delimitar el campo de acción y el

ámbito de aplicación del régimen de la Convención sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías.

El artículo primero de la Convención fija y restringe su ámbito de aplicación utilizando cuatro factores diferenciales, a saber: (i) factor territorial, en cuanto se refiere a la ubicación del establecimiento de las partes, así como a la condición de Estado contratante del país de ubicación de los establecimientos o en su defecto de remitir sus normas al de un Estado contratante¹; (ii) factor objetivo, en tanto lo delimita a

1 Al respecto Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 67) aseveran: “La convención determina su campo de aplicación mediante la confluencia de los factores geográficos, material y temporal, además de su aplicación como *lex mercatoria*, desarrollado por vía de laudos arbitrales.

Determinar cuándo, para efectos de aplicación de tal o cual convención, el contrato se entenderá como internacional. Esta, como se verá, es la tendencia que se advierte en la convención sobre compraventa internacional de mercaderías, así como en otros instrumentos del derecho mercantil internacional.

A su vez, la convención adopta un concepto de contrato internacional para determinar su campo de aplicación, el cual se puede matricular dentro de la que se ha denominado como “tesis del elemento extranjero puro”, para la cual, un contrato es internacional, cuando“(…) presenta al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento”. En consecuencia: el elemento extranjero que señala la internacionalidad del contrato de compraventa y por ende, la aplicación directa de la convención, es el de la ubicación del establecimiento de las partes y no otros como pueden ser: la nacionalidad de las mismas, el lugar de celebración y/o ejecución, el lugar de ubicación de las mercaderías objeto del contrato, etc. (...).

Igualmente significa que pueden existir otras compraventas internacionales, que sin resultar reguladas por la convención, si lo sean por las leyes nacionales pertinentes según el derecho internacional privado. Asimismo deben tenerse en cuenta contratos que aun cuando hubiesen sido celebrados y ejecutados en un mismo país, sean internacionales para efectos de la aplicación de la convención, por el hecho de que se cumpla el supuesto del artículo 1.1.a) que es: las partes deben tener su establecimiento en Estados diferentes, siempre y cuando estos sean parte de la convención. (...).

El caso que se observa parte del supuesto en que las partes compradora y vendedora tienen su establecimiento en Estados diferentes, siempre que los mismos sean parte de la convención. (...).

Ahora, y tal como señala Vázquez Lepinette, en este aspecto debe asumirse “remisión efectuada por las normas de Derecho Internacional Privado al ordenamiento de un Estado contratante determina la aplicación de la Convención y no el Derecho interno de dicho Estado.” Igualmente sobre este aspecto resulta pertinente anotar siguiendo a Campuzano Díaz, que por la vía del artículo 1.1 (b) del Convenio de Viena puede resultar competente el foro de un Estado parte de la Convención, en cuyo caso este aplicará dicha normativa como Derecho propio, o como el de otro Estado que igualmente la hubiere incorporado. (...).

Esta solución se puede resumir diciendo que el supuesto en que la convención no sea aplicable por no estar ambas partes establecidas en Estados parte de la misma, esta resulta aplicable en el caso que las normas de Derecho Internacional Privado remitan a las de un Estado contratante, caso en el que se aplicará la Convención, excluyendo el Derecho interno del Estado en cuestión”.

Los mismos autores citando a Galán Barrera (Oviedo Albán & Candelario Macías, 2009, p. 81): “El ámbito de aplicación de la Convención de las naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980, AA. VV., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá D. C., 2003, p. 282. En la obra de Campuzano Díaz, puede verse una relación de sentencias donde se ha aplicado la Convención por el foro de un tercer Estado, acudiendo al artículo 1.1.(b). Campuzano Díaz, ob. cit., pp.159 a 160. Dichos fallos son: Alemania, Landgericht Bielefeld 23 de junio de 1989. Alemania, Landgericht Manchen del 3 de julio de 1989 y Landgericht Stuttgart del 31 de agosto de 1989; Oberlandesgericht Doblén del 23 de febrero de 1990; Landgericht Aachn del 3

los contratos celebrados sobre bienes muebles corporales; (iii) un factor funcional, toda vez que se refiere a las compraventas civiles o mercantiles², pero excluyendo las ventas de consumo y algunas otras como las realizadas en subastas, judiciales, de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves y electricidad y (iv) un factor material, en tanto excluye las permutas y los suministros en los que el comprador entregue una parte sustancial de los materiales o aquellos suministros de mano de obra o servicios.

El concepto de establecimiento ha sido ampliamente discutido por la doctrina, existiendo una aparente uniformidad de criterio, pero dejando claro desde ya que ese asiento del establecimiento en un Estado parte diferente de una de los contratantes debe ser conocida expresa o tácitamente por el otro, es decir, puede desprenderse de la declaración expresa o de los tratos y ejecuciones contractuales que desarrollen las partes en la convención.

A modo ilustrativo: (i) fallo de 2002 de la Corte de Nueva York (USA) en el que se establece que el contrato de venta contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley alemana. Según el Tribunal, conforme al derecho alemán la elección de las partes de la ley de un Estado contratante, sin excluir expresamente la Convención, implica que esta es aplicable siempre que las partes en el contrato de venta tengan sus establecimientos en dos Estados contratantes diferentes y (ii) fallo del 2002 de la Corte de Dakota del Norte (USA) en el que el Tribunal sostuvo que la Convención se aplicaba a la transacción entre el comprador y el vendedor, ya que tenían sus establecimientos en Estados contratantes diferentes (art. 1 (uno) de la Convención).

de abril de 1990; Amtsgericht Oldenburg del 24 de abril de 1990 y Landgericht Hamburg del 26 de septiembre de 1990. (También se hace referencia en el mismo sentido a fallos de tribunales holandeses y belgas).

2 Sin detenerse a mirar en torno a la naturaleza de las partes, es decir, sean estas o no comerciantes. “No obstante se podría indicar que el contrato de compraventa será internacional, más en cuanto a su esencia, que a la calidad de las partes que lo componen, entonces simplemente se necesitará una localización especial en los dos estados diferentes sin tomar en cuenta la nacionalidad **ni el carácter civil o comercial de las partes contratantes**” (Marín Fuentes, 2006, p. 30). Así mismo, Fernández de la Gandara y Calvo Caravaca, citados por Perales Viscasillas (2002) opinan que el uso al que debe destinarse la mercadería debe ser exclusivamente privado; “y ello porque durante la Conferencia Diplomática fue rechazada una propuesta para considerar suficiente que la compraventa tuviese una utilidad preponderantemente personal. Así por caso, como indican, el destino personal de la compra debe contraponerse al destino profesional y no tan sólo al industrial: por ejemplo, sí estaría comprendido dentro de la Convención las compraventas internacionales que un profesional liberal lleva a cabo para atender las necesidades de su empresa”.

Lo anterior denota la vocación tanto mercantil como civil de la compraventa en cuanto al ámbito de aplicación de la convención. En el mismo sentido Galán Barrera (2003b, p. 80): “Es irrelevante, para los efectos de aplicación de la Convención, que el carácter del contrato, o el carácter de las propias partes, **sea civil o comercial**”.

Así, puede entenderse como establecimiento el lugar permanente y habitual en el que las partes tienen el asiento de sus negocios o desarrollan su actividad negocial (Galán Barrera, 2003b, p. 81)³. Con base en algunos fallos sobre la materia, se han introducido los conceptos de estabilidad y autonomía como criterios determinantes para construir la figura del establecimiento como factor de aplicación de la convención (Oviedo Albán & Candelario Macías, 2009, p. 75); así mismo, se ha discutido acerca de la necesidad de representación de parte del establecimiento; discusión que ha surgido con base en el fallo *Fauba-Fujitsu*, en el que, con base en la ausencia de representación de la agencia del vendedor, se determinó la aplicación de la convención, en tanto, según el fallo, dicha ausencia de representación permitía concluir que el vendedor no podía tener el establecimiento en el país del comprador puesto que solo actuaba a través de un agente.

1.1.2 Carácter dispositivo y supletorio de la Convención (Aplicación por voluntad de las partes). Otro factor que delimita el ámbito de aplicación de la convención, y que merece tratamiento independiente, lo constituye la voluntad de las partes. Son estas las que con base en el artículo 6.º, y en virtud del principio de la autonomía privada de la voluntad, deciden si aplican o no la Convención, o si excluyen algunos de sus apartes para determinadas materias reguladas en el negocio jurídico entrabado. Con la única excepción o limitación de dicha voluntad en cuanto a la celebración o modificación del contrato por un procedimiento que no sea por escrito, cuando alguno de los Estados parte haya formulado la reserva consagrada en el artículo 96. Es decir, que en caso de que una de las partes del contrato tenga su establecimiento en algún Estado que haya formulado la reserva del artículo 96, la formalidad del escrito será un requisito sustancial para la existencia o nacimiento del contrato de compraventa internacional, sin que sea posible a las partes abstraerse de esta solemnidad.

Al respecto, la doctrina en cuanto:

No es este, sin embargo, el mayor condicionante existente a la aplicación del convenio. De la lectura del texto convencional se deriva cierta naturaleza supletoria que le acompaña, al hacerse depender su aplicación, en última instancia, (A) tanto de la voluntad de las partes como (B) de la presencia de usos del comercio internacional aplicables en un concreto sector temático (...). La lectura del artículo 6º refleja, pues, la absoluta primacía de la voluntad de las partes en el ámbito de la contratación internacional. Ellas son, en última instancia, las que deciden concluir el contrato

3 En el mismo sentido gran parte de la doctrina señala: “El establecimiento determinante de la internacionalidad del contrato ha de ser un establecimiento permanente. [1] Nótese aquí como la nota de permanencia se deriva mejor de la versión oficial española (“establecimiento”) que de la inglesa (“place of business”). En definitiva, parece que la noción jurídica de establecimiento deberá buscarse en el Derecho nacional que resulte aplicable conforme a las normas del conflicto de leyes” (Perales Viscasillas, 2002).

y las que determinan la ley aplicable al mismo, no sólo su articulado. (Esplugues Mota et al., 1999, p. 285)

La libertad contractual como consecuencia práctica del principio de la autonomía privada de la voluntad va aún más allá en las relaciones del comercio internacional:

En las operaciones de comercio internacional, la principal fuente creadora de normas reguladoras de los acuerdos a los cuales llegan las partes, es la autonomía de la voluntad. Las partes son las que fijan sus derechos y obligaciones, pudiendo cambiar cualquier uso o costumbre que no sea de su agrado utilizar para una determinada operación. Si recorremos la historia de la humanidad, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se podrá observar que se produce y luego se acentúa el fenómeno de la asociación de comerciantes de un mismo ramo profesional en sociedades nacionales e internacionales. (Marzorati, 2003, p. 288)

Las propias notas explicativas establecidas en la Convención por la CNUDMI (1980) prescriben, sin posibilidades interpretativas, el mencionado carácter dispositivo-supletivo de esta:

El principio básico de la libertad contractual en la compraventa internacional de mercaderías se reconoce en la disposición que permite que las partes excluyan la aplicación de la Convención o establezcan excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modifiquen sus efectos. La exclusión de la Convención más frecuente resultaría de la elección por las partes de la ley de un Estado no contratante o de la ley nacional de un Estado contratante como ley aplicable al contrato. Las excepciones a la Convención se producirían siempre que una estipulación del contrato dispusiera una norma diferente de las que se encuentran en la Convención. (CNUDMI, 1980)

No obstante, sectores doctrinales dejan ver alguna interpretación diferente relacionada con (i) las normas imperativas del derecho interno de cada Estado o con normas también imperativas establecidas al interior de la Convención, (ii) con la aplicación de la doctrina del *depecage* que permite desagregar apartados materiales del contrato con el fin de establecer fuentes normativas diferentes para cada uno y (iii) con la jerarquización normativa a partir del evidente carácter dispositivo de la convención matizado desde el punto de vista jurisprudencial⁴.

4 Un análisis suficiente de la jurisprudencia en torno a estos aspectos en Perales Viscasillas (2002): “30. Si se admitiese la derogación de esas disposiciones por la voluntad de los contratantes dejarían de tener sentido los objetivos básicos de internacionalidad y uniformidad que envuelven a todo el texto uniforme. Así, Bonell, en Bianca y Bonell, §3.3, pp.93-94. No es de extrañar que el comentario 2 al artículo 1.5 de los Principios de UNIDROIT, p.13, indique que: “si las partes expresamente acuerdan aplicar sólo alguno de los capítulos de los Principios, se presume que tales

Al respecto Marín Fuentes (2006) plantea una duda acerca de la legitimidad de lo dispuesto por el artículo 6.º de la convención y la consecuente posibilidad de las partes de sustraerse de la aplicación de alguna o de todas las disposiciones de esta, duda planteada con base en el concepto del bloque de constitucionalidad, asumiendo con ello que la Convención de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, aparece inscrito dentro del bloque de constitucionalidad colombiano. Frente a esta posición, se debe precisar brevemente que el bloque de constitucionalidad como figura jurídica se encuentra fundado en la base de los derechos humanos o

capítulos se aplicarán junto a las disposiciones generales del Capítulo”. Disposiciones Generales que incluyen, entre otras, una disposición de carácter interpretativo (art.1.6), así como otra relativa al valor de los usos y de las prácticas (art.1.8). 31. Así se confirma además por la jurisprudencia que hace hincapié en la necesidad de una exclusión expresa: LG Landshut, 5 abril 1995 (Alemania) (PACE) (UNILEX). 32. Así por caso, el laudo de la ICC 7585/1992 (PACE) (UNILEX) interpretando una cláusula en el contrato del siguiente tenor “*If the agreement is terminated by fault or request of the purchaser -including force majeure- the supplier is entitled to a compensation fee of 30% of the price*”, ha indicado que el lenguaje de esta cláusula no puede considerarse lo suficientemente precisa como para significar una renuncia a los daños y perjuicios expresamente concedidos en el artículo 74 CNUCCIM. 33. Particularmente por U.S. Court of International Trade, 24 octubre 1989 (Estados Unidos), publicada en 726 Federal Supplement, 1344 (1990) (PACE) (UNILEX), que ha indicado que sólo es posible excluir la aplicabilidad de la Convención de forma expresa, sin que tuviese, pues, relevancia una exclusión tácita. Por su parte han considerado aplicable la Convención ante la elección por las partes del derecho de un Estado parte de la Convención (por ejemplo, el español): ICC 6653/1993 (Francia) (PACE) (UNILEX); ICC 7660/JK, 23 agosto 1994 (Austria) (PACE) (UNILEX), ICC 7565 y 7844 de 1994 (PACE) (UNILEX), y el laudo del Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien, 15 junio 1994 (SCH-4366) (Austria) (PACE) (UNILEX). Sin embargo, existe alguna decisión contraria: Tribunale Civile di Monza, 29 marzo 1993 (Italia), donde incidentalmente se indica que se excluiría la aplicación de la Convención en razón de que las partes habían escogido la ley italiana para regir su contrato, por lo que no cabría la aplicación del artículo 1.1.b) CNUCCIM, que únicamente se emplearía a falta de elección de la ley por las partes. Para las críticas a esta sentencia: Claude WITZ, “La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l’épreuve de la jurisprudence naissante”. Recueil Dalloz Sirey, 1995, nº19, p.145; y Franco FERRARI, “Diritto Uniforme della vendita internazionale: Questioni di Applicabilità e Diritto Internazionale Privato”. Rivista di Diritto Civile, 1995, nº6, pp.669-684. En contra, el Laudo arbitral, 19 abril 1994, (Florenza) (Italia) (PACE) (UNILEX), donde el tribunal ha sostenido que no se aplica la Convención de Viena cuando las partes se han referido únicamente a la ley italiana como ley del contrato. No obstante uno de los árbitros expresó en un voto particular que la Convención era aplicable, ya que la elección del Derecho italiano por las partes no significa una exclusión implícita de la Convención. 34. A contrario, también será posible que durante el proceso las partes designen como derecho aplicable a la Convención cuando el derecho aplicable fuese otro. Por ejemplo, en el caso resuelto por el Tribunal Metropolitano de Budapest, 10 enero 1992 (Hungría) (PACE) (UNILEX), la oferta indicaba que el derecho aplicable era el UCC estadounidense. Las partes durante el proceso acordaron la aplicación de la Convención. Al mismo resultado llegan, si bien la Convención resultaba ya plenamente aplicable por reunirse las condiciones de aplicabilidad de la misma: OLG Saarbrücken, 13 enero 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX), y el laudo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 17 noviembre 1995 (PACE) (UNILEX). 35. Esta parece ser una posibilidad admitida en el derecho procesal alemán. Así las sentencias del OLG Düsseldorf, 8 enero 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX), OLG Köln, 22 febrero 1994 (Alemania) (PACE) (UNILEX), OLG Saarbrücken, 13 enero 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX); LG Landshut, 5 abril 1995 (Alemania) (PACE) (UNILEX) y OLG Hamm, 9 junio 1995 (Alemania) (PACE) (UNILEX), han estimado aplicable la Convención de Viena (y ello porque la exclusión ha de ser expresa) tras la elección por las partes del Derecho alemán -en ocasiones incluso indicando disposiciones del Código Civil alemán- durante el curso del proceso. Particularmente interesante es la sentencia del OLG Koblenz, 17 septiembre 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX), donde se ha aplicado la Convención de Viena a un supuesto donde las partes habían elegido el Derecho francés, antes de la entrada en vigor en Francia de la Convención, como ley rectora del contrato.

derechos fundamentales consagrados en los tratados ratificados por Colombia, así mismo se encuentra planteado en aquellos sistemas de donde es originaria dicha teoría. Expresa el autor: “En primer lugar es curioso ver como en el artículo 6 de la CIVM presenta por primera vez en la legislación colombiana una potestad brindada a las partes para excluir la aplicación de una norma que posee un rango similar al de una norma constitucional, ya que el artículo 6° pertenece a una ley que es aprobatoria de un tratado o convenio internacional” (Marín Fuentes, 2006, p. 52).

Los artículos 4.º, 53, 93 y 94⁵ de la Constitución colombiana, suficientemente desarrollados por la Corte Constitucional, dan cuenta de la inherente concepción plusgarantista de los derechos fundamentales como pilar fundante y excluyente del concepto del bloque de constitucionalidad. Si bien la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías fue ratificada por Colombia e inmersa en la legislación interna con la Ley 518 de 1999, la materia que en esta se regula trata de una figura propia del derecho privado como lo es la compraventa internacional de mercaderías, que si bien en algún momento, por circunstancias propias y especiales de cada caso, podrá referirse a aspectos que toquen con derechos o principios fundamentales, no dejarán de corresponder a circunstancias fácticas ajenas a la regulación a la que objetivamente se refiere la Convención⁶.

5 ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

ARTÍCULO 53. (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...).

ARTÍCULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

6 Sobre el carácter constitucional de los tratados y el concepto de bloque de constitucionalidad, Rodrigo Uprimny (2008): “En forma esquemática, es posible señalar que la recepción del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado por varias fases: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso; y (v) finalmente el período actual (2001 a 2004), en donde, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción”.

La posibilidad de escoger incluso las materias del contrato que podrán o no ser reguladas por la convención se enmarca dentro de la teoría del *depecage*, conforme al cual se permite “el fraccionamiento legal o jurídico. Es decir, el contrato, en su esencia, se encuentra sometido a dos o más conjuntos de normas provenientes de diferentes ámbitos, con lo que para decidir cualquier controversia originada en la celebración o ejecución de un contrato de compraventa internacional de mercaderías será siempre necesario acudir a diferentes grupos de normas” (Rodríguez Fernández, 2010, p. 18)⁷. Esto permitiría que se pueda hablar de una jerarquización dinámica de las fuentes del contrato de compraventa internacional, dependiendo de la materia específica que se requiera resolver o del momento de ejecución en el que se encuentre el contrato, de tal manera que uno puede ser el derecho aplicable a la formación y perfeccionamiento del contrato y otro muy diferente el de cumplimiento de algunas de las obligaciones contractuales. Así mismo, la propia Convención cede en sus materias de aplicación, no a la voluntad de las partes, sino a las normas (imperativas o dispositivas) del derecho del foro que deba ser aplicado conforme a las normas del derecho internacional privado, en lo referente, principalmente, a la validez del contrato y a la tradición o transferencia de la propiedad de la mercancía⁸.

Al respecto de la validez del contrato como materia no regulada, Perales Viscasillas (2002) hace un interesante discernimiento en torno a tres aspectos fundamentales y problemáticos a la hora de establecer los tópicos que sobre dicha categoría jurídica se ciernen en el contrato de compraventa como son: (i) la falta de definición del concepto de validez; (ii) la falta de unanimidad en las legislaciones internas a la hora de establecer los supuestos que se relacionan con la validez del contrato y (iii) el conflicto que se puede presentar entre la convención y el derecho interno en cuanto a las situaciones particulares que pueden presentar causas que converjan en ambas regulaciones⁹.

7 Similar referencia Marín Fuentes (2006, p. 56): “Implícitamente se está haciendo alusión al carácter no obligatorio de la convención, brindando la facultad a las partes de omitir parte o la totalidad de sus reglas al contrato internacional de compraventa de mercancías. Cuando las partes declaran (u omiten declarar, pero tácitamente se puede deducir que no estará regido por la convención) que su contrato no será regido por la convención, han de tener cuidado al escoger la ley que lo va a regir, ya que si el Estado o país al que aquella pertenece es un estado contratante, la convención se aplicará. (franco Ferrari, *contrat de vente internationale*, 2 edition, Helbig & Lichtenhahn, Basilea, 2005, página 122 (...). Al ofrecer esta libertad contractual a la partes, la convención ingresa plenamente al modernismo en materia contractual en cual se presenta ante el derecho colombiano como la plasmación de la teoría del fraccionamiento o del *depecage*”.

8 Aspecto este último sobre el que, como se verá más adelante, parece desprenderse una posición asumida por la convención en referencia a la teoría dual (título y modo) en relación con la tradición de los bienes.

9 Textualmente la autora: “Esta norma, a primera vista sencilla en su formulación, se ve obstaculizada en su aplicación práctica por la concurrencia de tres factores significativos: 1) la Convención de Viena no define el ámbito y contenido del término validez; 2) los diferentes Derechos nacionales no son unánimes a la hora de catalogar los supuestos que se relacionan directamente con la validez del contrato; 3) por último, algunas situaciones tratan causas de invalidez que pueden recibir atención no sólo en el Derecho interno aplicable, sino también en la propia

No obstante el aparente acuerdo en la doctrina en torno al carácter dispositivo de la Convención¹⁰, resulta importante también observar cómo razones o normas de orden público, como barreras del derecho interno al derecho internacional privado, se erigen en fuentes normativas aun por encima de la voluntad de las partes o de la misma Convención (la que dado su marcado carácter dispositivo pareciera ceder frente a normas que aunque de la misma categoría –en tanto con la ratificación de la Convención se la está incluyendo dentro del ordenamiento jurídico interno como una ley de la República– cede frente al carácter imperativo de estas otras disposiciones). Es así como la Convención cede en materia (i) aduanera, en relación con la importación, exportación o régimen franco al que se sometan las mercaderías; (ii) cambiaria, en relación con la canalización centralizada o difusa de los pagos y reembolsos de las exportaciones o (iii) en materia de consumo y competencia la que, al decir de algunos autores (Marín Fuentes, 2006), se da independientemente de que es una exclusión expresa de la Convención la referente a las ventas relativas al consumo personal, familiar y doméstico, salvo desconocimiento del vendedor sobre dicho fin en la compra de parte del comprador. Aspecto este último más que justificado en la medida en que es creciente la tendencia mundial a la protección del consumidor como parte débil en una relación contractual, pero además como elemento esencial del mercado, lo que legitima y valida la consagración de ordenamientos especiales que por vía de controles administrativos, ineficacias de pleno de derecho y control judicial de cláusulas abusivas en los contratos, buscan la protección del consumidor y con ello del mercado mismo. En Colombia, por ejemplo, es cada vez más común la transformación del régimen de responsabilidad contractual del derecho civil y mercantil a partir de los denominados estatutos del consumidor¹¹ que plantean regímenes insulares con caracteres más que propios.

Cabe también precisar cómo Fernández de La Gándara y Calvo Caravaca (1997, p. 149) puntualizan en cuanto al carácter personal y no meramente profesional de las compraventas para la exclusión de la Convención como ordenamiento aplicable, lo que parece estar acorde con la nueva tendencia en materia del derecho del consumidor y la relación de consumo como factor de conexión para establecer la aplicación de

Convención: el ejemplo más patente es la falta de precio en el momento de perfección del contrato, al dejar claro el artículo 55 CNUCIM que se aplica exclusivamente cuando el contrato haya sido válidamente celebrado” (Perales Viscasillas, 2002).

10 Debemos mencionar a Esplugues et al. (1999, p. 285) para quien no existe duda acerca del carácter enteramente dispositivo de la convención: “La lectura del artículo 6 refleja, pues, la absoluta primacía de la voluntad de las partes en el ámbito de la contratación internacional. Ellas son, en última instancia, las que deciden concluir el contrato y las que determinan la ley aplicable al mismo, no sólo su articulado”.

11 Con la expedición de la Ley 1480 de 2011 que derogó el Decreto 3466 de 1982, entró en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia.

dicho régimen como ordenamiento especial. Así, el carácter mercantil o no mercantil del comprador, o de la compraventa, no influyen en medida alguna en el ámbito de aplicación de la Convención, es decir, bien puede un empresario incurrir en una compraventa de consumo (relación de consumo) y aun estar excluido de la aplicación de la convención cuando adquiere un bien para su uso personal y no de su empresa o actividad mercantil, si es que no se dispuso expresamente dicha exclusión.

Otra categoría de normas imperativas que plantea la doctrina se refiere a las que se encuentran en la propia Convención. Y particularmente a las que, sobre algunos aspectos materiales, la Convención trae como aquellos sobre los cuales las partes no podrán disponer, además de la reserva del artículo 96 en relación con el artículo 12 en cuanto al escrito como solemnidad sustancial, “principalmente, la imposibilidad de variar o excluir (al menos tácitamente) los artículos 7 (interpretación de la Convención), 8 (interpretación de lo declarado y actuado por los contratantes) y 9 (usos y prácticas)” (Perales Viscasillas, 2002). Posición sobre la que no parece estar conforme la gran mayoría de autores sobre la materia, en tanto la orientación del artículo 6.º de la convención no parece establecer más restricciones a la autonomía privada de la voluntad que la ya planteada en torno a la reserva del artículo 96 mencionada¹². Tal es así, que las partes pueden entonces excluir total o parcialmente la aplicación de ciertas disposiciones de la convención, así como regular sus alcances interpretativos.

1.1.3 Los usos y prácticas entre las partes y los usos generales de comercio en la Convención. Además del marcado carácter dispositivo-supletivo de la voluntad de las partes, la convención cede su posición jerárquica frente a los usos y prácticas privadas de estas en relación con la formación (aceptación de la oferta) y ejecución del contrato. Así, también sucede con los usos generales del comercio que en Colombia¹³ podrían enmarcarse dentro del concepto denominado costumbre mercantil.

No deben entonces confundirse las prácticas y usos que las partes en un determinado contrato, aceptan, hacen suyas e introducen en su experiencia contractual, de aquellas que haciendo parte del comercio en determinada plaza (costumbre local), Estado (costumbre nacional) o materia o actividad (costumbre internacional) llegan al contrato en defecto de la voluntad de las partes.

12 En este mismo sentido Giménez Corte (2005, p. 63), así como Galán Barrera (2003, pp. 83-84) y Marín Fuentes (2006, p. 49).

13 En Colombia, la costumbre mercantil se encuentra regulada en los artículos 3 a 9 del Código de Comercio como un hecho con vocación propia para convertirse en norma aun imperativa, denotando las esenciales características que reconoce gran parte de la doctrina, cuales son publicidad, uniformidad, reiteración y carácter obligatorio.

La doctrina clásica ha propugnado incluso por la precisión conceptual en cuanto a dejar a las prácticas de las partes involucradas en el contrato con dicha denominación (de prácticas o *cláusula sobreentendida*) y asignar a la categoría de uso aquella que corresponde más a la naturaleza de la costumbre luego de que la práctica se ha generalizado y ha sufrido todo el proceso que conduce a la transformación que le permite adquirir la naturaleza de una norma de carácter legal.

Al respecto, León Bolafio insistiendo en la distinción afirma:

El uso, por el contrario, es siempre norma legal, puesto que la coherencia del lenguaje legislativo no tolera duplicidad de significados para la expresión idéntica; prescinde de la voluntad de las partes porque es ley (*just est quod jussum est*); constriñe al magistrado a su aplicación aun de oficio; no deroga la ley comercial, porque se aplica a falta de la misma, de suerte que su obligatoriedad procede en el orden de su aplicación; la violación del uso es la violación de ley reparable por la corte de casación” (...). Por consiguiente, lo repetimos (el argumento es demasiado importante para no insistir sobre él), si con la designación de uso contractual o interpretativo se quiere hacer referencia a alguna práctica habitual entre los interesados, si bien no generalizada, y hasta contraria a la ley o a la práctica constante y común, no se trata de *uso*, sino de *cláusula sobreentendida* entre las partes con referencia a sus relaciones precedentes o a otros elementos absolutamente individuales. (1947, p. 96)

Ello resulta lógico de la propia naturaleza de ambas figuras, dado que, en efecto, cuando hablamos de los usos y prácticas entre las partes nos estaremos refiriendo también a la voluntad de ambas para hacerse regir por estas, de guiar su relación contractual con base en una tradición bilateral que conscientemente, aun de forma tácita, han aceptado para sí. Entre tanto, cuando hablamos de los usos o costumbres del comercio (internacional, en el caso de la Convención), nos estaremos refiriendo a figuras que derivan su aplicación aun al margen de la voluntad contractual, pero con mayor acento si las partes no han decidido excluirlos expresamente de su precisa y concreta relación jurídico mercantil.

Esto hace, como se viene planteando, que la jerarquía normativa en cuanto a fuentes en materia de compraventa internacional de mercaderías resulte aún más dinámica, de manera que, como lo recomienda la propia Convención en sus notas interpretativas, corresponde a las partes delimitar de manera clara el ámbito de aplicación de la convención y de los usos, con la prevención de evitar sorpresas hermenéuticas que lleven a regímenes normativos no deseados o con efectos adversos no previstos.

Al respecto Perales Viscasillas (2002) establece una jerarquización normativa derivada precisamente de la interpretación que se le dé a la categoría de las prácticas de las partes y los usos del comercio:

Si bien las diferencias entre los institutos regulados por el artículo 9 no son del todo claras, parece que en lo esencial los usos y las prácticas del párrafo 1º poseen una eficacia individual restringida única y exclusivamente a lo que los contratantes hayan acordado o a las conductas habituales entre ellas, mientras que el uso del párrafo 2º es eficaz per se, es decir, su existencia vive desvinculada de una concreta operación comercial ya que son de aplicación general. Tanto unos como otros presentan un efecto común, aparte de servir de índice para la interpretación de lo aclarado o actuado por las partes (8.3 CNUCCIM), consistente en obligar a los contratantes, aunque la causa obligacional sea cualitativamente diferente: porque así lo han acordado, porque se crea una expectativa derivada de comportamientos anteriores y finalmente porque la eficacia del uso descansa en el Derecho mismo, es decir, se establece una presunción legal. En cualquier caso, los usos y las prácticas entran a formar parte del contenido del contrato durante el proceso de formación del mismo. Es importante resaltar cómo por virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 6), obviamente reflejado en el artículo 9.1, y por la jerarquía que la misma Convención asigna a los usos internacionales (por encima de la Convención, pero no por encima de la voluntad de las partes) se crea toda una jerarquía de normas: en la cúspide la voluntad de las partes, en el medio los usos de comercio y en la base las normas dispositivas de la Convención. (Perales Viscasillas, 2002)

Dicha jerarquía, como se dijo, variará en la medida en que se establezca, como en el artículo 18.3¹⁴ de la Convención, la aplicación aun no voluntaria de efectos jurídicos a hechos de las partes que podrían compaginarse o encontrarse en comunión con las prácticas generalizadas del comercio.

Resulta entonces claro que mientras no cabría pensar en la aplicación no voluntaria de los usos y prácticas entre las partes, si es posible pensar en la aplicación aun por encima de la voluntad de estas de los usos y costumbres mercantiles, en tanto cabe pensar válidamente en los usos o costumbres mercantiles (en su acepción estricta como usos del comercio y no como prácticas) como normas aun imperativas. Sobre el carácter imperativo o simplemente dispositivo de los usos o costumbres mercantiles,

14 ARTÍCULO 18.3: “No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

Rocco, Bolafio y Vivante (1947 citados por Bolafio, 1947, p. 74) nos presentan una ilustradora discusión:

Decimos normas *declarativas* precisamente porque subrogan o explican las declaraciones de voluntad, deficientes y oscuras, de las partes. Otros las denominan “permisivas, dispositivas, interpretativas, supletivas, etc.”. La clasificación no importa. Lo que interesa es que estas normas declarativas pueden ser derogadas; mientras las normas imperativas (preceptivas o prohibitivas) son inderogables. Se pronuncia, en cambio, favorablemente a la posible existencia de usos que tengan carácter imperativo Rocco (*Principi, cit., pág. 149*): “¿Existen usos que no solo obliguen independientemente de la voluntad privada, sino contra la voluntad privada? En otros términos, ¿existen usos de tal naturaleza que constituyan el contenido de una norma de derecho imperativo o coactivo y, por consiguiente, inderogables por la voluntad privada? A esta demanda nos parece que se debe responder afirmativamente. La de las normas de derecho privado imperativas o coactivas está en que en ellas la tutela de interés privado ofrece un lado de público interés en virtud del cual se extingue, en el campo de aplicación de la norma, la autonomía de la voluntad. Ahora bien, nos parece que puede ocurrir muy bien que una cierta práctica se establezca y se difunda precisamente por razones de utilidad general; así, por ejemplo, antes de que el contrato de empleo privado fuese regulado con normas legislativas, la práctica que impone al principal que quiere despedir a un operario, darle el oportuno preaviso. Probado que el fundamento de este uso estuviese en una razón de interés social, esto es, en la tutela del contratante más débil contra el económicamente más fuerte, referencia que al art. 1 del Cód. de comercio hace a este uso”. La opinión contraria expuesta por nosotros en el texto, es seguida también por Vivante, *tratato, 5ª ed., vol. I, n. 13*: “Usos imperativos de orden público no existen. Toda norma necesaria al orden público trae su legitimidad de esta suprema exigencia, y no tiene necesidad de los requisitos del uso para imponerse a la observación del magistrado. Se violarían las normas legislativas que colocan en primera línea las exigencias del orden público (art. 12 de las disposiciones preliminares) subordinado su eficacia a la común y continua observancia de los interesados.

La Convención de Viena parece adoptar ambas distinciones: la primera referente a la precisión entre práctica contractual y uso comercial (no obstante utilice el mismo término para ambas acepciones) y la segunda en relación con el carácter dispositivo-supletivo de los primeros e imperativo de los segundos.

La Convención, en los artículos 8, 9 y 18 y en la Nota interpretativa D, prescribe:

Artículo 8

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, 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.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) 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.

Artículo 18

(...)

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

(...)

“D. Interpretación del contrato; usos 14. La Convención contiene disposiciones sobre cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convenidos por las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas y los usos de que las partes tenían o debían tener conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate pueden todas ellas ser obligatorias para las partes en el contrato de compraventa.

La principal distinción entre las prácticas o usos de las partes y los usos o las costumbre mercantiles se encuentra consagrada en el artículo 9.º, así mismo, parece también que toma partido la Convención por el carácter dispositivo y no imperativo de los usos o costumbres mercantiles cuando afirma en el numeral 2.º de dicho artículo 9.º que, salvo pacto en contrario de las partes, se entiende incorporado al contrato el uso ampliamente conocido y regularmente observado por los agentes en contratos de similar naturaleza.

Igual sentido hermenéutico puede dársele a la norma consagrada en el numeral tercero del artículo 18, en cuanto establece la posibilidad de generar efectos contractuales a partir de hechos o prácticas aceptados como costumbre en el tráfico mercantil internacional.

Al respecto del inciso 2.º del artículo 9.º de la convención en torno a los usos del comercio, tenemos en fallo de 2002 de la Corte de Nueva York (PACE):

Un comprador de EE.UU. y un vendedor alemán celebraron contrato de venta de una máquina de resonancia magnética (MRI). La MRI fue entregada en el buque por la empresa alemana en buen estado de conservación y funcionamiento. Cuando la MRI llegó a su destino en los EE.UU., se demostró que había sido dañada y se evidenció la necesidad de una reparación mayor. Los plazos de entrega del contrato establecían que el equipo iba a ser enviado “CIF New York Seaport”, según los INCOTERMS, lo que significaba que el vendedor era responsable de pagar el costo, flete y seguro necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino, sin embargo, el riesgo de pérdida pasaba al comprador en el puerto de embarque.

El comprador presentó demanda judicial en los EE.UU. tratando de recuperar los bienes dañados. Alegó que el riesgo de pérdida se mantuvo con el vendedor hasta que los bienes fueron entregados a su puerto de destino en los EE.UU. debido, entre otras cosas, a que la propiedad de los bienes no pasó al comprador hasta que el pago final de los bienes se hubiese hecho. El demandado objetó que,

de conformidad con la definición de los INCOTERMS CIF, el riesgo de pérdida pasaba al comprador en el puerto de embarque. El demandante argumentó que la definición de los INCOTERMS era inaplicable, ya que no había sido contemplada explícitamente en el contrato.

El Tribunal rechazó el argumento del demandante según el cual, en ausencia de una referencia explícita a los INCOTERMS la definición del CIF en él contenida no era aplicable al contrato. Según el Tribunal los INCOTERMS son ampliamente conocidos y observados en el comercio internacional como definición estándar de los términos y plazos de entrega por lo que la referencia al CIF ha de interpretarse de conformidad con los INCOTERMS. Por ello, el Tribunal se basó en el art. 9 (2) de la Convención, según el cual las partes están obligadas por los usos ampliamente conocidos en el comercio internacional. El Tribunal también citó el artículo 346 del Código de Comercio alemán afirmando la aplicabilidad de los usos del comercio en general.

Comentando este mismo numeral 2.º del artículo 9.º de la Convención, Marzorati (2003) expresa:

Los usos y costumbres son tratados en el comercio internacional como fuente de obligaciones de las partes, al igual que las prácticas. Lo paradójico es que la codificación de estos usos les ha hecho perder su carácter obligatorio, ya que, para que se apliquen, las partes deben referirse expresamente a ellos. Así lo establece, también, la Convención de Viena sobre Contratos de compraventa Internacional de Mercaderías (art. 9, párr. 1) (...). Todo otro uso que no esté codificado será, en principio, obligatorio, si es ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Nos remitimos al respecto a lo comentado precedentemente en el art.9, párr. 2, de la Convención de Viena (p. 290).

Internamente, Marín Fuentes recalca la supletoriedad de los usos en la medida en que, cualquiera sea la clase de prácticas o usos de que se trate, estos solo se aplicarán cuando sea esa la voluntad de las partes:

Hemos visto que las partes pueden acudir en usos de su libertad contractual a la utilización de la *lex mercatoria* vista ésta como aquel conjunto de reglas emitidas por organismos privados en el nivel internacional o por órganos intergubernamentales en ese mismo nivel y cuya característica principal es que se trata de reglas que no tienen origen estatal, o bien, una obligatoriedad en su aplicación por parte de los Estados. (...).

Una de las características que presenta la utilización de los usos comerciales en el contrato de compraventa internacional, es que aquellos al ser establecidos por las partes, se aplicarán por disposición de la Convención, lo que hace que lo mismos prevalezcan sobre normas uniformes en caso de diferencias entre ambas regulaciones, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° CIVM.

Igualmente encontramos que el efecto primordial reconocido a los usos se supedita al cumplimiento de dos condiciones: la primera, que dicho uso sea conocido por las partes y la segunda, que el mismo sea de conocimiento y práctica general en el comercio y que sea aplicable para aquella clase de contratos.

Como se podrá observar, encontramos que el artículo 9° hace alusión a dos figuras: una la obligatoriedad que tiene para las partes las declaraciones que estas han emitido durante la realización del contrato y otra la de los usos a los cuales han recurrido” (...). Es importante resaltar aquí que los usos a que se refiere son los comerciales, los cuales hacen parte de una tradición aun no codificada, debido a que estos pertenecen a representaciones de tipo cultural que difieren mucho de un país a otro, entendiéndose al comercio como un práctica casi universal se puede deducir que los mismos serían homologables en un alto porcentaje no importando el país donde se realicen. Si se quiere regular este tipo de usos comerciales se debe recurrir a la elaboración de una nueva convención sobre la materia, ya que si bien los *Incoterms* aportan mucho a la misma, estos no son suficientes.

(...) Dicha obligatoriedad nacerá siempre y cuando las partes así lo deseen, toda vez que la aplicación de la convención tiene una naturaleza supletoria, por lo que esta obligatoriedad depende de la voluntad de las partes y de la presencia de unos usos comerciales que poseen el carácter de obligatorios.

Se entiende pues que los usos a los que alude el artículo 9° son principalmente los usos comerciales, entendidos estos como aquella forma de obrar que rige entre los comerciantes, que no se contraría a la ley, y que tiene relación con los actos, negocios y contratos propios del tráfico mercantil.

Igualmente queda claro que los usos y las prácticas comerciales convenidos y conocidos por las partes, al igual que aquellos que son ampliamente conocidos en el ámbito comercial internacional, serán obligatorios en el evento que aquellas los incluyan en su relación contractual. (Marín Fuentes, 2006, p. 61)

Como se verá en su momento, son los INCOTERMS quizás uno de los principales usos reconocidos de forma general en la ejecución de los contratos de compraventa

internacional de mercaderías. Usos que aunque se configuran como generales del comercio, como se acaba de reseñar, pueden verse modificados por la voluntad expresa de las partes, por los usos o prácticas propias de las mismas partes, por las reglas de la Convención, o por la legislación interna que las normas de conflicto del derecho internacional privado lleven a aplicar.

1.2 LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD (TRADICIÓN) EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

De vital importancia resulta determinar el asunto de la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador en la compraventa internacional de mercaderías. En primer lugar, debido a que parece ser una constante doctrinal aceptar que la convención no toma partido por alguno de los posibles regímenes que en materia de tradición son adoptados por las legislaciones internas; y en segundo lugar, en razón a que algunos de esos sistemas hacen pender el riesgo de la pérdida fortuita de los bienes a partir de la tradición, y no simplemente de la entrega como sí sucede, de manera dispositiva y supletiva, en la Convención y en una de sus herramientas más importantes, los INCOTERMS.

Es persistente en la doctrina afirmar que la Convención no se ocupa de la tradición o de la transferencia de la propiedad sobre las mercancías en el contrato de compraventa internacional de mercaderías. La razón principal la constituyó la falta de consenso acerca de la forma y el momento en que los diferentes sistemas y tradiciones jurídicas hacían concurrir dichos efectos. “Como indica el comentario de la Secretaría al actual art.4, §4, la Convención no se aplica a la transmisión de la propiedad de las mercancías vendidas, ya que no se pudo alcanzar una unificación normativa” (Perales Viscasillas, 2002). Sin embargo, esa no parece ser una verdad incontrovertible, en la medida en que de la propia definición que se extrae del contrato de compraventa en la Convención podremos avizorar que tal neutralidad no resulta ser tan evidente, y que, por el contrario, toma partido por una concepción dual (del título y el modo) al momento de definir la tradición como una de las consecuencias del contrato de compraventa.

1.2.1 La transferencia del dominio o tradición en Occidente. En Occidente, con base en dos concepciones, la (i) dual y (ii) la monista de la tradición, se ha dado en clasificar la forma en que esta se presenta con base en cuatro sistemas comprensivos: partiendo del régimen del derecho romano, siguiendo con el régimen francés, pasando por el alemán y terminando en el italiano. Dichos sistemas, como se dijo, se batan

entre la diferencia y la identidad temporal entre título y modo. Depende entonces del momento en que se dé la tradición en relación con el perfeccionamiento del contrato para que se pueda enmarcar alguno de estos sistemas en una concepción dual o en una concepción monista de la tradición. Entendiendo a la primera –dual– como aquella que separa definitivamente el título del modo, de tal forma que el contrato de compraventa solo servirá de título para que el comprador pueda exigir la tradición como una obligación personal del vendedor que al momento de cumplirse lo convertirá en dueño. Frente a la segunda, en cambio, el contrato mismo se convierte en título y modo de tal manera que su perfección cumple con esta doble función al convertir en dueño al comprador aun por fuera o con abstracción de la entrega, la que al decir de quienes defienden esta concepción, no solo no es suficiente para la tradición, sino va acompañada de la intención de la transferir el dominio y cede en importancia frente a la tradición en cuanto es esta la que hace pender en el comprador los efectos de la pérdida fortuita de la cosa (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 1998).

Bajo el régimen del derecho romano, el vendedor no se encontraba en la obligación de transferir la propiedad al comprador, bastando solo con que procurase la posesión útil y pacífica del bien, de tal manera que el comprador no se hacía dueño con el perfeccionamiento del contrato, agregando además que el traspaso de la propiedad tampoco fuese una obligación de carácter sustancial al mismo.

En el régimen del derecho francés en cambio, el comprador se hace dueño de los bienes con el solo perfeccionamiento del contrato, adquiriendo este un derecho real desde su celebración, a diferencia del derecho meramente personal que adquiere el comprador bajo la concepción romana como titular de la pretensión para reclamar la entrega de la cosa. Las críticas a la concepción francesa no son pocas en tanto –y como se verá al abordar la teoría del riesgo– el contrato mismo hace dueño a quien aún no ha recibido materialmente el bien, no obstante que como propietario tenga derecho a las mejoras y frutos del mismo.

En sistemas intermedios de los dos anteriores, se constituyen los regímenes italiano y alemán. En efecto, el sistema italiano consagra o se adscribe a una concepción monista, mediante la cual el comprador se hace dueño con la sola celebración del contrato, no obstante le imprime matices en relación con su par francés, en tanto establece alternativas en materia de venta de cosa ajena que el régimen francés resuelve con la nulidad y que el italiano soluciona mutando hacia una concepción dual, convirtiendo la compraventa en mero título y al derecho del comprador en un derecho real (Gómez Estrada, 1999). El sistema alemán, por su parte, acoge la concepción dual establecida desde el derecho romano, pero prescribiendo de manera expresa como una obligación del vendedor la de traditar el bien. Así, en el derecho alemán, el comprador, cuando

celebra la compraventa, adquiere un derecho personal correlativo a la obligación del vendedor de traditar el bien, no bastando para ello con una entrega posesoria, como la exigida en el sistema romano, sino que debe ir acompañado de la voluntad de transferir el dominio, incumpliendo el contrato si lo hace sin ser aún dueño.

1.2.2 La transferencia del dominio (o tradición) en Colombia. En Colombia, por su parte, pese a la dicotomía existente entre el régimen civil y el régimen mercantil, con algunos matices, tenemos una concepción dual pura (romana para algunos)¹⁵, en la que la compraventa solo se constituye en el título, faltando que se configure el modo de la tradición para que el comprador se pueda constituir en propietario del bien. La falta de precisión conceptual entre la entrega y la tradición que trae el código civil nacional, ha permitido que se hable de una obligación simplemente de entrega y no de tradición, sin embargo, como lo deja ver el profesor Gómez Estrada (1999), y con ciertos matices jurisprudenciales hasta 1955, se ha tenido por claro que la obligación del comprador es la de traditar (dar), la que se presenta cuando se entrega la cosa con el ánimo o voluntad de transferir el dominio, de despojarse de él para radicarlo en cabeza del comprador. De acuerdo al profesor Estrada, hasta 1955, sí se podría hablar de una concepción romana pura, como lo plantea Peña Nossa (2006), la jurisprudencia de la Corte¹⁶ radicaba en el vendedor la sola obligación de procurar al comprador una posesión útil y pacífica (tal como en el derecho romano), esto bajo el argumento conforme al cual, de exigírsele al vendedor la tradición del bien, no podría admitirse la venta de cosa ajena que el artículo 1871 del código civil consagra. Sin embargo, a

15 Al respecto Peña Nossa (2006, p. 205): “En Roma la compraventa fue simplemente manual o al contado, ya que se perfeccionaba mediante la entrega recíproca de la cosa y el precio. Más tarde no bastó con esta forma elemental, ya que el vendedor le concedía al comprador un plazo para el pago del precio; otras veces, era el vendedor quien recibía el precio en el acto y entregaba la cosa más tarde; otras veces eran ambas partes quienes disponían de un plazo para cumplir su presentación. En esta etapa ya se notaba la distinción entre el contrato de compraventa en sí mismo (Título) y la transferencia del dominio de la cosa (Modo) que ha perdurado hasta hoy, estableciéndose como regla general que el contrato es consensual, si bien en algunos casos excepcionales la ley exige que sea solemne, pero en ningún caso es real.

Le legislación colombiana adoptó el sistema romano, denominado del título y del modo, por el cual contrato de compraventa (Título) no es suficiente para transferir la propiedad al comprador, ya que de este solo surge la obligación para el vendedor de transferirla, pero para que este cumpla con dicha obligación es necesario que realice la tradición (Modo), que tiene como causa el título. La tradición está conformada por el elemento objetivo consistente en el ánimo de transferir la propiedad por parte del vendedor”. Con lo cual no estamos de acuerdo, por cuanto como se viene expresando la obligación del vendedor en Colombia no es solo la de entregar sino la de traditar.

16 Apartes de dicha sentencia son presentados por Gómez Estrada (1999, p. 56): “La circunstancia de que el comprador estime con o sin fundamento de que el vendedor le transmitió cosa total o parcialmente ajena, carece de transcendencia mientras que el primero no se ha inquietado por el supuesto dueño. Nuestra ley en el art. 1871 del C. C. hace válida la venta de cosa ajena. Lo cual significa que el contrato es válido entre comprador y vendedor; por lo tanto, la tradición que se consuma como consecuencia de este contrato, también será válida entre las mismas partes, con esta salvedad empero: sin perjuicios de los derechos del verdadero dueño no extinguidos por la prescripción”.

partir de dicha fecha se dio por sentado que la obligación del vendedor no era solo la de entregar, sino la de traditar, aceptando y pregonando que la teoría del título y el modo así lo obliga y lo permite, incluso en el caso de la venta de cosa ajena, puesto que son dos momentos totalmente diferentes, uno el de la venta (título) y otro el de la tradición (modo), pudiendo el comprador hacerse a la propiedad antes de cumplir su obligación de traditar o conseguir la tradición directa del tercero propietario.

Todo lo anterior se acentúa aún más si se observa que, pese a que la definición del contrato de compraventa que trae el código civil colombiano (1849) habla de una obligación de dar, el artículo 1880 en cuanto a las obligaciones del vendedor habla indistintamente de una obligación de entrega o tradición (que puede catalogarse como una definición del término dar):

ARTÍCULO 1849. <CONCEPTO DE COMPRAVENTA>. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

ARTÍCULO 1880. <OBLIGACIONES DEL VENDEDOR>. Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida. La tradición se sujetará a las reglas dadas en el título VI del libro II.

Sin embargo, el Código de Comercio de Colombia, en el artículo 905, parece establecer una definición más precisa de compraventa, en los términos en que se viene hablando, por cuanto concreta como obligación principal del vendedor la de transmitir la propiedad, es decir, traditar, en los términos justos del artículo 740¹⁷ del Código Civil que define la tradición:

ARTÍCULO 905. <DEFINICIÓN DE COMPRAVENTA>. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. (Resalto fuera de texto)

17 ARTÍCULO 740. <DEFINICIÓN DE TRADICIÓN>. La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

Frente a esta confusión conceptual Oviedo Albán y Candelario Macías (2008) se expresan en estos términos, citando a Adame Goddard y a Alessandri Rodríguez:

Igualmente, es conveniente destacar con el profesor ADAME, que no obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los contratos de compraventa internacional versan sobre bienes muebles, para cuya tradición -como en el caso colombiano, según se anotó anteriormente- no se requiere formalidad alguna, como es el caso de la entrega material, habiendo de un lado la intención de transferir y del otro lado la de adquirir, como señala el artículo 754 núm. 1º del código civil, ya mencionado. (...) (p. 521)

La entrega, es un acto material, así en algunos casos, como en general tratándose de tradición de bienes muebles, sea uno de los elementos que componen esta última. Lo que se tiene entonces es que la obligación de traditar, comprende la obligación de entregar, pero no se confunde con ella. Es más que ella, pues traditar significa traditar dominio, mientras entregar, es un acto material, consistente en poner al comprador en posesión efectiva de la cosa vendida.

O como bien señala ALESSANDRI: "... dar, en el sentido jurídico, es transferir el dominio; y entregar, es traspasar, la tenencia de una cosa. En el hecho, toda obligación de dar comprende la de entregar, ya que la manera de ejecutar la obligación es entregando la cosa material de ella; pero no toda obligación de entregar lleva envuelta la obligación de dar". (p. 522)

Parece haber consenso en la doctrina nacional en torno a que la obligación del vendedor en el contrato de compraventa, civil y mercantil, es de dar, de traditar, y no solo de entregar; y que esa tradición se cumple con la entrega acompañada de la intención o voluntad de transferir el dominio.

1.2.3 La transferencia del dominio o tradición en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías. Tal como se expresó al inicio del presente capítulo, la Convención de Viena trae una aparente neutralidad en cuanto a la transmisión o transferencia de la propiedad sobre las mercancías en el contrato de compraventa internacional. A simple vista, y con la desprevenida lectura del artículo 4.º parece cierta tal afirmación. Sin embargo, a la luz de los regímenes descritos acerca del modo de presentarse la tradición en las legislaciones occidentales y luego de desentramar las obligaciones del vendedor contenidas en la misma convención, puede concluirse sensatamente que más que neutralidad, lo que sucede en materia de tradición en la Convención es que se adscribe a una teoría romana acentuada, similar a la planteada

en sistemas como el alemán, e incluso en el colombiano, en los que la obligación del vendedor no es solo de entregar, sino de traditar los bienes vendidos.

Así parece desprenderse de la lectura de los artículos 30 a 34 en torno a las obligaciones del vendedor: dentro de las que se encuentra, como una de las principales, la de traditar las mercaderías al comprador:

ARTÍCULO 30: El vendedor deberá entregar las mercaderías, **transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados** con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente convención.

De esta manera, la convención parece instaurarse en la concepción del título y el modo, en la que la perfección del contrato produce obligaciones personales correlativas para las partes; para la una, la de pagar el precio y para la otra, la de entregar las mercancías y transferir su propiedad, separando desde allí ambos momentos (entrega y tradición), pero sin que se excluyan entre sí. Es decir, conforme con lo anterior, el contrato de compraventa internacional de mercaderías regido bajo la Convención de Viena no hace dueño al comprador desde el momento de su perfección, faltando, como una obligación del vendedor posterior a su celebración, que se le tradite la mercadería (transfiera su propiedad).

En igual sentido, puede observarse cómo el artículo 41 de la Convención establece la obligación del vendedor de entregar las mercancías libre de pretensiones o derechos de terceros, sin que haya distinguido al respecto de la naturaleza de dichos derechos, por el contrario, utilizando un término tan comprensivo como “cualquiera”, por lo que obviamente estará incluido el derecho de propiedad:

ARTÍCULO 30: El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de **cualquiera** derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.

Concluye la Convención, en relación con las obligaciones del vendedor, con la de entrega de documentos consagrada también en el artículo 30, dentro de los que se encuentran los documentos de transporte, que en la medida en que cumplan con los requisitos de los títulos valores (especialmente en materia de transporte marítimo)¹⁸

¹⁸ Carta de porte, conocimiento de embarque, certificado de depósito. Con respecto a la carta de porte como título valor representativo de mercaderías, tanto en el transporte aéreo internacional como en el interno, se ha prescindido de tal condición en la medida en que aún no se ha exigido a las empresas de transporte aéreo la

harán dueño¹⁹ a su titular o endosatario. Tal como lo aprecian Esplugues Mota et al. (1999, p. 316):

El convenio, sin embargo, no especifica a qué tipo de documentos se refieren los artículos 30 y 34. Previsiblemente, se está haciendo referencia a los títulos representativos de la mercancía –carta de porte, conocimiento de embarque– que deben encontrarse en poder del comprador para que este pueda ejercer sus derechos sobre las mercancías transportadas. Ahora bien, pueden existir documentos que no siendo precisos para que el comprador ejerza sus derechos sobre las mercancías, si le permiten hacerse cargo de las mismas de forma apropiada –por ejemplo, un manual de instrucciones–, estos supuestos también se incluyen dentro de la exigencia de entrega de documentos recogida en los artículos 30 y 34.

La propia regla consignada en el artículo 4.º de la Convención como una exclusión, en cuanto se sustrae de la regulación referente a la validez del contrato o a los efectos

expedición obligatoria de la carta de porte, reduciéndose solo a la exigencia de la guía aérea que no tiene los atributos cambiarios propios de cualquier título valor (como en el caso del conocimiento de embarque o del certificado de depósito). Con tino Guzmán Escobar (2003, p. 6): “En la práctica, son muy escasas las oportunidades en las que se expide una carta de porte aéreo negociable. Esto ocurre porque, en realidad, la logística de distribución física internacional de mercancías por vía aérea no requiere de la negociabilidad del documento de transporte debido, precisamente, a la velocidad del transporte aéreo. En efecto, en el comercio internacional se necesita un documento de transporte negociable cuando el expedidor necesita transferir el dominio sobre las mercancías mientras éstas están en tránsito, o cuando interviene una carta de crédito. Por la rapidez del transporte aéreo, normalmente cualquiera de estos trámites que implica la circulación del documento de transporte demorará más que la llegada de las mercancías al aeropuerto de destino”.

Por lo tanto, en la generalidad de los casos se expide un documento de transporte no negociable que, por terminología adoptada por la IATA [Internacional Air Transport Association – IATA], se denomina Guía Aérea. [La expresión en inglés es “Air Waybill”; normalmente se traduce al español como “Guía Aérea”]. De este modo, entonces, se habla de guía aérea para denotar al documento de transporte no negociable, y de carta de porte aéreo para identificar al documento de transporte que se expide en forma negociable. El sistema de documentación del contrato de transporte aéreo previsto en el Código de Comercio es diferente al del Régimen de Varsovia. Nuestro estatuto mercantil tipifica expresamente a la carta de porte como un título valor representativo de mercancías (arts. 967 y siguientes del C. de Co.). Sin embargo, el transportador aéreo solo está obligado a expedir una carta de porte cuando la reglamentación expedida por el gobierno nacional así lo exija (art. 1018 C. de Co.), lo cual hasta ahora no ha ocurrido. Por lo tanto, en la práctica, en el transporte aéreo en Colombia, aun el que se rija por el Código de Comercio, generalmente el transportador aéreo expide un documento de transporte no negociable que se denomina guía aérea. La guía aérea cumple las mismas funciones de prueba de la existencia del contrato de transporte y de recibo de las mercancías por parte del transportador, a que hicimos referencia al hablar de la carta de porte aéreo del Régimen de Varsovia”. El artículo 967 que refiere el autor en realidad corresponde al 767 que define la carta de porte y el conocimiento de embarque como títulos valores en el derecho mercantil colombiano.

19 Al respecto Trujillo Calle (2003, p. 134): “En cuanto a responsabilidades, el endosante responderá de la existencia de las mercancías en el momento del endoso (art. 770) porque las cosas perecen para su dueño. Esta norma fue de especial consideración en la reunión de expertos que discutieron el proyecto INTAL y al haberlo determinado en esta forma quiere decir que en el momento de entrega del título endosado, se transfieren al endosatario los riesgos sobre la mercancía amparada con el título (P.I. Págs. 17, 18)”.

que este puede traer en relación con la propiedad de las mercancías, lo que hace es, de forma positiva, establecer al contrato mismo como un mero título, que genera las obligaciones para el vendedor de entrega de la mercancía y tradición o transferencia de la propiedad, como un modo posterior a su perfeccionamiento. No debe perderse de vista cómo, además de los artículos arriba transcritos, el artículo 4.º establece como materias exclusivas que se deben regular por la Convención las referentes a la formación del contrato y a los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato, consagrando de manera expresa, como una de esas obligaciones derivadas, la de transferir la propiedad. Así se desprende de lo establecido en el artículo 30.

El que la transferencia de la propiedad sea una obligación del vendedor luego de celebrado el contrato lo que permite es afirmar, con sensatez meridiana, que el contrato celebrado bajo su régimen, y salvo estipulación en contrario de las partes, no hace dueño por sí mismo al comprador, siendo necesario que el vendedor lo haga dueño por el modo de la tradición, la que, según el régimen legal o convencional aplicable, podrá coincidir o no con la entrega.

Al respecto, y como una posición contraria a la anterior, Marín Fuentes (2006, p. 39):

La cuestión de la eficacia obligatoria del contrato aquí se excluye, es decir, del campo de aplicación de la convención, ya que esta al trasladar la obligación de transmitir la propiedad a cargo del vendedor lo hace desde el punto de vista de la transmisión o entrega de la cosa como existe en legislaciones como la alemana y la suiza en donde la transmisión de la propiedad se produce solo con la entrega del bien, y que encuentra su fundamento en el principio de *res perit domino* y excluye de la misma Convención el principio denominado consensualista, aplicado por países como Francia en donde el derecho se transmite con el solo consentimiento y sin quedar ninguna obligación a cargo del vendedor.

No encontramos aquí alusión a la transferencia de la propiedad de las mercancías, ya que la convención no menciona nada al respecto, al parecer esto creaba dificultades como las existentes en varios derechos como el francés (...).

Posición que es aceptada por gran parte de la doctrina, dentro de la que se encuentra Perales Viscasillas (2002). No obstante, podemos encontrar en algún otro sector posiciones tácitamente conformes con la posición según la cual la Convención es reguladora de la tradición como modo independiente del título. De esta perspectiva encontramos a Oviedo Albán y Candelario Macías (2008, p. 509):

Las cuestiones descritas, presentan interés, no solo doctrinal, sino fundamentalmente práctico, toda vez que deben seguirse atentamente los tres pasos mencionados, distinguiendo, momento y forma de perfección del contrato de venta; momento y forma de efectuar la tradición del derecho de dominio sobre la cosa debida y finalmente momento y forma de efectuarse la entrega del bien. El tema también reviste importancia procesal, toda vez que importa determinar el camino procesal a seguir, para cuando se hubiese incumplido por parte del vendedor, la obligación de traditar o la de entregar materialmente el bien objeto del contrato.

Igualmente debe tenerse en cuenta que interpretando los artículo 30 y 53 de la Convención sobre la Compraventa Internacional se tiene que en dicho contrato, el vendedor también se obliga a transferir el dominio de la cosa, entregarla materialmente y entregar así mismo todos los documentos que resulten del contrato, a cambio del precio y la recepción a los que se obliga el comprador.

En el mismo sentido Esplugues Mota et al. (1999, p. 315):

Junto a la obligación de transferir las mercaderías, el art. 30 especifica la obligación de transferir la propiedad de las mismas. Sin embargo, la Convención no regula la transferencia de la propiedad, limitándose a establecer esta exigencia de forma genérica. Como señalan A. GARRO y A. L. ZUPPI, el convenio no considera la transferencia del dominio como un elemento propio de la compraventa sino como uno de sus efectos. En este sentido, debe recordarse lo dispuesto en el art 4.b, que excluye del campo de aplicación del texto convencional aquellos temas relacionados con la titularidad de las mercancías. No obstante, si el vendedor no cumple con la obligación de transmitir la titularidad, el comprador tiene derecho a los remedios previstos en el convenio.

Si la tradición opera con la entrega, o con cierta forma calificada de entrega, o con la celebración del contrato mismo, sí es un aspecto del que no se ocupa la Convención, pues sucederá que en regímenes como el francés o el italiano, en los que el contrato mismo trasfiere la propiedad y con ello los riesgos, la aplicación supletiva de la Convención (en defecto de estipulación contractual) significará que los riesgos no se transmitan con el contrato mismo, sino más bien con la entrega, independientemente de la tradición; lo que representa un cambio de régimen realmente sustancial para ellos.

Lo que sí parece definitivamente claro es que en cuanto a la transmisión del riesgo, la Convención prefirió el momento de la entrega por sobre el momento de la transferencia de la propiedad para efectos de la mutación del riesgo del vendedor al comprador, lo cual

sí evidentemente genera conflictos en regímenes como el francés o el italiano, tal como se acaba de reseñar, o en algunos latinoamericanos como el chileno o el colombiano, en el que el riesgo por la pérdida de los bienes, tratándose de la compraventa civil, lo corre el acreedor (comprador) acogiendo con ello el sistema romano de transmisión de riesgos. Es lo que se tratará en el siguiente aparte.

De manera concluyente a este respecto Guzmán Escobar (2001, p. 53):

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 el ordenamiento colombiano 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.

1.2.4 Jurisprudencia. En la jurisprudencia se marca una tendencia uniforme a favor de la aplicación del régimen interno conforme a las normas de conflicto del derecho internacional privado cuando se trata de definir la transmisión de la propiedad en el marco de la compraventa internacional regulada por la Convención. Veamos los siguientes cinco fallos específicos:

Primer fallo: (17.05.1994. Switzerland. 01 93 1308. Tribunal Cantonal de Vaud. B. v. O. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=301>):

Una casa de subastas privada alemana llevó a cabo una venta de ciertos elementos a una empresa ubicada en Suiza. Cuando la subasta terminó, es decir, por fuera de esta, la casa de subastas celebró un contrato con un comprador suizo para la venta de maquinaria industrial. La maquinaria se componía de dos dispositivos: la máquina

principal y su base de apoyo. El comprador pagó solo una parte del precio. El vendedor entregó la máquina principal solamente, conservando la base de apoyo –sin la que no podía funcionar– como un derecho de retención por la parte no pagada del precio de compra. Surgió una controversia entre las partes sobre la cuestión de la propiedad en la base de apoyo.

El tribunal sostuvo que las ventas en subasta no se rigen por la Convención (art. 2 (b)). Sin embargo, en este caso la Convención se estimó aplicable, puesto que el contrato había sido celebrado por la casa de subastas alemana en privado, por fuera de la subasta.

El tribunal sostuvo además que la Convención no rige para el efecto que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4 (b) de la Convención) y que la transferencia de la propiedad es competencia exclusiva de la legislación nacional. El tribunal decidió en el terreno del derecho interno suizo –aplicable a la *lex rei sitae*– que establece que la propiedad se transfiere solo a la toma de posesión (entrega) del comprador de las mercancías.

Segundo fallo: (28.04.1995. Australia. 57 FCR 216. Federal Court, South Australia District Adelaide. Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v Rosedown Park Pty Ltd. and Another. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=197>):

El demandante, un fabricante alemán, acordó la venta de perfiles de aluminio para tiendas de campaña y cubiertas para algunas tiendas muy grandes y otros accesorios para una compañía australiana, con un pago inicial y una serie de plazos, a partir de la entrega de las mercancías en Australia. El vendedor entrega la mercancía al comprador, pero este se atrasa en el pago de las cuotas y, después de haber encontrado otras dificultades financieras, queda en condición de iliquidez. El vendedor inició acción legal contra el comprador y el administrador, alegando que el contrato contiene una reserva de dominio, según la cual el vendedor retendría el título de los bienes vendidos hasta que el precio de compra hubiese sido pagado en su totalidad, y exigió la declaración de propiedad de los bienes, una orden para la entrega de estos y los daños sufridos a causa del incumplimiento del contrato por parte del comprador, así como por su retención ilegal. Los demandados negaron que las partes hubiesen pactado una cláusula de reserva de dominio.

El Tribunal aplicó la Convención, a fin de determinar si una reserva de dominio se había acordado entre las partes y, de ser así, su contenido, mientras que, en cumplimiento de los artículos 4 y 7 (2) de la Convención, los efectos de la cláusula relativa a la propiedad de las mercaderías debían ser determinados de acuerdo con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

A la luz de los criterios y normas establecidos en los arts. 8, 11, 15, 18 y 29 de la Convención, el Tribunal llegó a la conclusión de que las partes habían convenido en realidad en una reserva de dominio por la cual la propiedad de los bienes se transmitiría al comprador únicamente mediante el pago completo del precio del contrato.

Tercer fallo: (26.03.2002. USA. 00 Civ. 9344 (SHS). U.S. District Court, S.D., New York. St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=730>):

Un comprador de EE. UU. y un vendedor alemán celebraron contrato de venta de una máquina de resonancia magnética (MRI). La MRI fue entregada en el buque por la empresa alemana en buen estado de conservación y funcionamiento. Cuando la MRI llegó a su destino en los EE. UU., se demostró que había sido dañada y se evidenció la necesidad de una reparación mayor. Los plazos de entrega del contrato establecían que el equipo iba a ser enviado “CIF New York Seaport”, según los INCOTERMS, lo que significa que el vendedor era responsable de pagar el costo, flete y seguro necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino, sin embargo, el riesgo de pérdida pasaba al comprador en el puerto de embarque.

El comprador presentó demanda judicial en los EE. UU., tratando de recuperar los bienes dañados. Alegó que el riesgo de pérdida se mantuvo con el vendedor hasta que los bienes fueron entregados a su puerto de destino en los EE. UU. debido, entre otras cosas, a que la propiedad de los bienes no pasó al comprador hasta que el pago final de estos se hubiese realizado. El demandado objetó que, de conformidad con la definición de los INCOTERMS CIF, el riesgo de pérdida pasaba al comprador en el puerto de embarque. El demandante argumentó que la definición de los INCOTERMS era inaplicable, ya que no había sido contemplada explícitamente en el contrato.

En cuanto al argumento del demandante de que la reserva de dominio en el contrato había modificado el término CIF, en relación con el traslado del riesgo de pérdida, la Corte sostuvo que en virtud de la Convención, el riesgo se transmite sin tener en cuenta quien es dueño de los bienes (art. 4 (b)). Esta interpretación se vio confirmada por el art. 67 (1) de la Convención que establece que la retención hecha por el vendedor de los documentos representativos de los bienes no afecta la transmisión del riesgo, lo que implica que el traslado de los riesgos y la transferencia del dominio no tiene por qué ocurrir al mismo tiempo.

Cuarto fallo: (28.03.2002. USA. No. 02 C 0540. United States District Court, N.D., Illinois. Usinor Industeel v. Leeco Steel Products, Inc. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=746>):

Un vendedor francés (demandante) y un comprador estadounidense (demandado) celebraron un contrato para el suministro de acero. El contrato contenía una cláusula de reserva de dominio que indicaba que el vendedor seguiría siendo el propietario de los bienes hasta que el comprador efectuara el pago completo y total. El comprador adquirió el acero usando una línea de crédito de un banco. En el marco del convenio de préstamo, el banco reservó un derecho de garantía en los productos y más tarde perfeccionó dicho derecho de garantía en virtud del derecho interno de EE. UU. El comprador incumplió el pago y entró en bancarrota. El vendedor trata de recuperar la posesión de los bienes por temor a que el comprador no sea capaz de pagar los daños y perjuicios por su incumplimiento como consecuencia de la quiebra. De acuerdo con el vendedor, la reserva de dominio en el contrato de venta proporciona una base jurídica para dicha recuperación de la posesión. El vendedor alega la propiedad de los bienes bajo la reserva de dominio y el comprador se apoya en la legislación interna para evitar tal cosa.

Al rechazar la pretensión del vendedor para la recuperación de la posesión, el Tribunal sostuvo que, de conformidad con el art. 4 (b) de la Convención, esta no se ocupa del efecto que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. La Convención no es aplicable a las controversias relativas a la propiedad de bienes, pero gobierna en su lugar solo a las obligaciones de compradores y vendedores. Sostuvo que era necesario mirar a la legislación nacional con el fin de determinar la validez de la retención de la prestación de título.

El tribunal se refirió expresamente a un precedente de un Tribunal Supremo de Australia (cf. 28.04.1995 Tribunal Federal, Distrito Sur de Australia Adelaide, (UNILEX)) –correspondiente a la segunda sentencia aquí citada– para demostrar que los tribunales deberían mirar a la legislación nacional para determinar el efecto de la retención de las disposiciones del título. De este modo, invocó el art. 7 (1) CNUCCIM que indica el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

El Tribunal consideró que la ley de EE. UU. (la ley del estado de Illinois) debía aplicarse a la reserva de dominio. Consideró entonces que la cláusula de reserva de dominio solo implicaba un derecho de garantía en los productos para el vendedor. Este interés por la reserva no fue perfeccionado por el vendedor conforme al derecho interno, y por lo tanto debió ceder a los intereses del banco. Como resultado, la Corte sostuvo que el vendedor no tenía el título necesario para recuperar la posesión de las mercancías.

Quinto fallo: (05.03.2008. Germany. 7 U 4969/06. Oberlandesgericht München. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1342>):

Un vendedor alemán y un comprador italiano, ambos distribuidores profesionales de automóviles, firmaron un contrato para la venta de un vehículo usado. El vendedor había comprado el vehículo de otro concesionario de automóviles y había presentado el documento de registro del vehículo a la policía para un control previo. Aunque no se reveló por medio del chequeo de la policía, más tarde resultó que el vehículo había sido robado con anterioridad a su venta. Como resultado, la policía italiana devolvió el vehículo a su propietario original. Mientras tanto, el comprador, después de haber revendido el vehículo a un tercero, tuvo que devolver los dos cheques recibidos como pago por el mismo. El comprador presentó una demanda alegando incumplimiento de contrato y reclamando la reparación de los daños y perjuicios. El vendedor solicitó la desestimación de la reclamación, alegando que había actuado de buena fe.

El Tribunal de apelación revocó parcialmente la decisión del Tribunal de Primera Instancia, que había argumentado que el vendedor había cumplido con su obligación, a saber, la transferencia de la propiedad del vehículo al comprador. Después de señalar que la Convención no regula los efectos del contrato sobre la propiedad de los bienes vendidos (art. 4 (b) de la CIM) y que, como consecuencia, se trata de una materia regulada por la legislación nacional, aplicando así la ley alemana, que prohíbe la adquisición de bienes robados, incluso por aquellos que pagan el valor y son de buena fe. Contrariamente a lo que el Tribunal de Primera Instancia afirmó, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que el vendedor no podía ser exonerado de responsabilidad con arreglo al art. 79 de la Convención, ya que tal exención implica la existencia de circunstancias objetivas para impedir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, mientras que en este caso las circunstancias alegadas eran de naturaleza subjetiva. De hecho, el bajo precio del vehículo, el kilometraje y las disparidades de nombre del propietario (que era diferente en el documento de registro) deberían haber llevado al vendedor a dudas sobre la propiedad del mismo.

1.3 LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Tal como se viene de introducir, para el régimen de la convención, independientemente de la propiedad sobre la mercancía, la transmisión del riesgo por la pérdida de los bienes del vendedor al comprador opera desde el momento de la entrega. El sistema de Viena deslinda la tradición de la entrega, pero asocia la entrega con la mutación del riesgo, sin perder de vista que este régimen tiene una tendencia marcadamente

dispositiva-supletiva, lo que permitirá siempre que las partes modifiquen la forma en que se asumirán los riesgos por una y otra.

Al igual que sucede con la transferencia de la propiedad, la transmisión de los riesgos por la pérdida de los bienes en la compraventa (en general de la cosa debida) puede clasificarse en tres grandes concepciones, que adoptadas por las diferentes tradiciones jurídicas, y los ordenamientos al interior de ellas, adquieren matices no muy tenues que dejan ver algunas contradicciones.

Son tres las concepciones que en esta materia se presentan como troncos básicos de regulación: (i) *res perit creditori*, (ii) *res perit debitori* y (iii) *res perit domino*, es decir que la cosa perece para el deudor, para el acreedor o para el dueño. Si para el deudor, fundamentalmente con base en que es este quien tiene la obligación de conservación del bien hasta el momento de la entrega o de la transmisión de la propiedad, como en USA, Alemania, Argentina o en el régimen mercantil colombiano; si para el acreedor, con base en que siendo este quien soporta las mejoras y desmejoras del bien es quien debe soportar los riesgos por su pérdida, como en Colombia (régimen civil) y Chile; y, si para el propietario, por cuanto las cosas perecen para él como principio general del derecho, aun sin que se le haya entregado, como en Francia o Inglaterra²⁰.

Para Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 200), la clasificación se puede también dar desde tres diferentes momentos: “Como se verá, las soluciones de derecho comparado se mueven entre tres extremos que son transferencia de riesgos cuando se celebre el contrato; transferencia del riesgo cuando se transmite la propiedad o transferencia del riesgo cuando se entregue materialmente los bienes objeto del contrato”.

Finalmente, el sustrato último de la teoría de los riesgos consiste en determinar quién soporta el menoscabo patrimonial que conlleva la pérdida del objeto de una prestación que tiene su causa en otra recíproca, como en el caso de la compraventa. Conforme a esta precisión se entiende por riesgo al detrimento patrimonial que acarrea la extinción de las obligaciones causada por el caso fortuito o fuerza mayor de que el deudor no sea responsable (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 1998, p. 576). Esto último, por cuanto frente a la culpa del deudor no opera la teoría de los riesgos. Los mismos Ospina Fernández y Ospina Acosta (1998, p. 577):

20 Larroumet, citado por Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 202), expresa: “el principio de la transmisión inmediata de la propiedad implica una consecuencia esencial en cuanto a la carga de los riesgos de pérdida fortuita de la cosa. En efecto a una regla según la cual la pérdida fortuita de una cosa debe soportarla su propietario; es el principio *res perit dominus*”.

En efecto, es en esta clase de contratos bilaterales donde surge una grave cuestión tocante a los dictados de la equidad y a la naturaleza jurídica de aquellos, a saber: extinguida por caso fortuito la obligación a cargo de una de las partes, como la que tiene el vendedor de hacer tradición de la cosa vendida, ¿subsiste la obligación correlativa a cargo del comprador de pagar el precio o, por el contrario, esta también se extingue? Si lo primero, el riesgo lo sufre el comprador, quien debe pagar el precio sin recibir nada a cambio; si lo segundo, lo sufre el vendedor, quien, aunque no quede obligado a dar la cosa, pierde el precio convenido. Tal es el *quid* de la más que milenaria polémica entre los jurisconsultos al respecto.

En el mismo sentido, Garriges (1987, p. 77) para quien:

Soportar el riesgo en la compraventa quiere decir sufrir las consecuencias de la pérdida o deterioro fortuito de la cosa vendida. Si el riesgo lo soporta el vendedor tendrá que entregar otra en sustitución de la perdida. Si lo soporta el comprador tendrá que pagar el precio sin recibir la cosa. Los preceptos de las legislaciones se refieren, justamente, al instante a partir del cual la pérdida o el daño fortuito de la cosa no liberan al comprador de pagar el precio, y cómo desde este instante la pérdida de la cosa sólo perjudica al comprador, pues el vendedor no pierde su derecho al precio, se dice que el comprador soporta el riesgo desde ese momento, que es por tanto el de “transmisión del riesgo” desde el patrimonio del vendedor al patrimonio del comprador.

En Colombia, esta teoría varía dependiendo del tipo de compraventa, civil o mercantil, lo que trae innumerables problemas casuísticos que no se referirán solo a la compraventa internacional, aunque sí con mayor complejidad en ella, pues se plantea la necesidad de escoger, no entre dos regímenes, sino entre tres. Y es que no debe perderse vista que la Convención no excluye como materia de su aplicación, ni a los contratos civiles ni a aquellos celebrados por no comerciantes²¹, sin perjuicio de las ventas de consumo que, como ya vimos, sí se encuentran excluidas. Por lo

21 ARTÍCULO 1º: 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; o

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

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) **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.**

tanto, un operador jurídico que se encuentre frente a la teoría de los riesgos en un contrato de compraventa internacional de mercaderías en el que una de las partes tenga su establecimiento en Colombia deberá determinar cuál aplicar (en defecto de las estipulaciones contractuales) entre las normas de la Convención, las normas del Código Civil o las normas del Código de Comercio.

De manera conclusiva:

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 (Arts. 1729 a 1739 C.C.; Art. 928 y siguientes C.Co.). (Jaramillo Vargas, 2002, p. 17)

En el régimen civil colombiano, siguiendo a Oviedo Albán y Candelario Macías (2009), se acoge la teoría romana en tanto el riesgo del cuerpo cierto lo corre siempre el acreedor desde el perfeccionamiento del contrato, tal como lo dispone el artículo 1607; en contraposición al régimen mercantil en el que será el vendedor, como deudor de la cosa debida, quien asume el riesgo por su pérdida fortuita hasta el momento de la entrega.

Todo lo anterior, contando con que ambos regímenes –civil y comercial colombiano–, al hablar de riesgo por pérdida de la cosa, se refieren al cuerpo cierto en particular, radicando la pérdida del género antes de la entrega, siempre en el vendedor (deudor de entrega).

No obstante, en materia de riesgos, sí resulta claro que tanto la convención como las legislaciones internas actuarán en defecto de las estipulaciones contractuales, a diferencia de lo que sucede con la transferencia de la propiedad, la que se encuentra regida por normas de carácter imperativo en cada una de las legislaciones, lo que permite deducir (i) el porqué de la falta de consenso para definir este asunto en la Convención, (ii) la poca posibilidad que tienen las partes para disponer a este respecto en los contratos y (iii) la ausencia absoluta de regulación del mismo en los INCOTERMS –como se analizará más adelante–.

Ahora bien, lo que también debe concluirse es que en aquellos regímenes en los que el riesgo lo corre el deudor (vendedor), es la entrega el punto de inflexión que permite mutar dicha carga, sin perjuicio, se reitera, de las estipulaciones de las partes frente a lo cual existe absoluta libertad de configuración.

Finalmente, y frente a la forma en que se encuentra regulada la transmisión del riesgo en la Convención, Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 213) señalan: “Lo que se tiene, (...) es que en la Convención el riesgo se transmite del vendedor al comprador cuando se le haga entrega del bien o se ponga a su disposición igualmente, cada uno de los eventos y en caso de que la pérdida de la mercadería del contrato esté asegurada, se deberá preguntar por quién debe asegurarla y quien está legitimado para pedir la reclamación contra el asegurador”, punto este último de vital importancia precisamente a la hora de abordar el tema de los seguros sobre las mercancías y el interés asegurable que puedan tener las partes en el contrato de compraventa. (Resalto fuera del original)

La transmisión del riesgo por la pérdida de las mercaderías está regulada específicamente en los artículos 66 a 70 de la Convención, los que se encuentran en armonía con los artículos 30 a 34 de la misma, referentes a la forma de entrega. En primer lugar, debe reiterarse que, en todo caso, será la voluntad de las partes a través de las estipulaciones contractuales, de las prácticas desarrolladas entre ellos, o de los usos mercantiles, la que prevalezca sobre las disposiciones de la Convención. Así, en caso de que las partes no hayan regulado por alguna de estas maneras el momento de la transmisión del riesgo, la Convención trae un conjunto de reglas que se pueden clasificar según que el contrato implique o no transporte, e implicando transporte que la mercancía se encuentre o no en tránsito.

Tal como lo expresa Perales Viscasillas (2002):

La transmisión del riesgo envuelve una cuestión sencilla que, sin embargo, resulta muy difícil de responder: ¿quién se hace responsable cuando las mercancías se pierden o deterioran? La respuesta bajo la Convención de Viena es que la pérdida la soporta el comprador cuando los daños o la pérdida de las mercancías se producen una vez que el riesgo se le ha transmitido, a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor (art. 66 CNUCCIM). La pérdida es económica, ya que las mercancías se pierden, pero la parte que soporta el riesgo no sólo las pierde sino que además ha de pagar el precio de las mismas (aunque las reciba deterioradas o nunca las reciba) o habrá de entregar las mercancías por segunda vez, recibiendo únicamente una contraprestación equivalente a una de ellas. Estas consecuencias se ven en gran medida mitigadas por la circunstancia de que las partes contratarán seguros

cubriendo contingencias que den lugar a la pérdida o al deterioro de las mercancías, lo cual no evita que alguien tenga que pagar esos seguros, ni que la parte que asume el riesgo tenga la carga de tener que reclamar al asegurador.

A lo que se agrega además que la contratación del seguro deberá estar sujeta siempre teniendo en la mira a la persona que soporta el riesgo como el asegurado, en tanto, de no ser así, es posible que se esté en ausencia de un interés asegurable que dé al traste con la posibilidad de reclamar el seguro por parte del beneficiario.

Es de precisar desde ya que la transmisión del riesgo en la Convención se encuentra en concordancia con los INCOTERMS, en cuanto la redacción de la convención los tuvo siempre presentes como el principal uso internacional en la materia, por ello, como se abordará, la forma en que se regula la transmisión del riesgo en los INCOTERMS se encuentra también ligada a la entrega de las mercancías del comprador al vendedor, aunque en algunos, especialmente en los términos “D”, esa transmisión del riesgo parece darse en un momento diferente de la entrega, tal como se encuentra regulada en la Convención, en la medida en que, aun implicando transporte el contrato, la entrega solo se verifica (en algunos INCOTERMS) en el puerto o lugar de destino. Al respecto Marzorati (2003, p. 293):

Como regla general, el riesgo se transmite cuando el vendedor entrega la mercadería, salvo pacto en contrario. En la compraventa con entrega indirecta (al transportador) se verifica la transmisión del riesgo y la individualización de la mercadería en un mismo acto. Por supuesto que a veces la individualización concreta no es posible, justamente, por la clase de mercadería (p. ej., la venta de granos a granel). Sin embargo, ello no significa que no se transmita el riesgo en ese momento. En los casos en que el vendedor cumple con su obligación de entrega con la puesta de la mercadería a disposición del comprador, el riesgo se transmite en ese momento²².

Y concretamente con respecto a la diferencia temporal que se presenta entre el momento de la entrega y la transmisión del riesgo cuando se pactan INCOTERMS, Esplugues Mota et al. (1999, p. 304) señalan: “Igualmente, ha de notarse que existen otros términos en los que la obligación de entregar las mercaderías por parte del vendedor al comprador se considera satisfecha en un momento posterior al de la entrega al transportista. Esto ocurre en los términos del Grupo D, o de llegada; por

22 En sentido similar, Esplugues Mota et al. (1999, p. 289): “En uno u otro caso -la referencia a los INCOTERMS es en este sentido sintomática- a través de estos usos pueden alterarse las disposiciones del Convenio en aspectos tan importantes como la determinación del momento y lugar del cumplimiento de las obligaciones del vendedor y del comprador, o de la transmisión del riesgo”.

ejemplo, en DAF, DES, DEQ, DDU y DDP. Este dato, (...) afecta decisivamente a la determinación del momento de transmisión del riesgo”²³.

Esto va complicando el escenario de la transmisión del riesgo en la compraventa internacional, en tanto se van presentando, en tres momentos diferentes, tres consecuencias también diferentes como son: la entrega de la mercancía, la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo (sin tener en cuenta que la entrega de documentos representativos de mercaderías en no pocas oportunidades transmiten la propiedad, y a lo que se le deberá agregar las consecuencias del endoso de dichos documentos y el endoso o cesión de la póliza de seguro contratada). Veamos entonces las formas de entrega en la Convención:

1.3.1 Sin transporte (entrega cuando el contrato no implica transporte). No implicando transporte, el riesgo se transmite en el momento en que el comprador se hace cargo de la mercancía o en el momento en que se pone a su disposición sin que se allane a recibirla²⁴. Ahora bien, que el contrato no implique transporte significará que no es una obligación del vendedor poner a disposición del comprador las mercaderías en manos de un transportador, y no necesariamente que la mercancía no deba ser transportada. Es el caso que se presentaría cuando el término INCOTERM pactado corresponda EXW en el que (i) el vendedor no está obligado a contratar el transporte y (ii) el vendedor entregará las mercancías, y por ende transmitirá el riesgo, en el momento en que las pone a disposición del comprador en el lugar acordado o en su establecimiento, tal como lo establecen las reglas A3, A4 y A5 de dicho término:

A3

a) Contrato de transporte El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de transporte.

(...)

A4 Entrega

El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida.

23 Cabe resaltar desde ahora que los INCOTERMS 2010, recién entrados en vigencia modificaron drásticamente los términos del grupo D.

24 La mercancía deberá estar plenamente identificada para que opere la transmisión del riesgo.

Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que mejor le convenga. El vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o dentro del plazo acordado.

A5 Transmisión de riesgos

El vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado de acuerdo con A4, con la excepción de la pérdida o daño causados en las circunstancias descritas en B5. (Cámara de Comercio Internacional, 2010, p. 18)

Por ello, que el contrato no implique transporte, lo que puede significar también, además de que la mercancía ya se encuentre en poder del comprador en su establecimiento, es que es una obligación del comprador contratar el transporte y ponerla a disposición del porteador.

Galán Barrera (2003b, p. 100) trata las anteriores reglas como adicionales en relación con los contratos que implican transporte²⁵:

Casos adicionales de transmisión del riesgo al comprador:

Cuando el comprador se haga cargo de las mercaderías o desde el momento en que se pongan dichas mercaderías a su disposición a pesar de que el comprador rechace la recepción de las mismas.

Cuando se establece un lugar específico de entrega de mercaderías distinto al establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando se efectúe la entrega y el comprador tenga conocimiento que las mercaderías están a su disposición en el lugar determinado.

En el caso de mercaderías sin identificar solamente se entenderá que dichas mercancías se pusieron a disposición del comprador en el momento en que dichos bienes se encuentren claramente especificados.

1.3.2 Con transporte. Cuando el contrato implica transporte, se dan dos variantes a saber: el riesgo se transmitirá del vendedor al comprador en el momento en que (i) se ponen a disposición del porteador en el lugar determinado o (ii) se ponen a

²⁵ Estas mismas reglas las trata Perales Viscasillas (2002) como residuales.

disposición del primer porteador²⁶. Hay en este punto un deslinde específico entre la transferencia de la propiedad y la transmisión de los riesgos, que ya, de manera general, se tiene por sentado como un principio presente en la Convención, consistente en la circunstancia de que el vendedor retenga los documentos representativos de las mercaderías, circunstancia que no afectará en nada la transmisión del riesgo, el que siempre operará con la entrega:

ART. 67: (...) El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

1.3.3 En tránsito. En caso de que las mercancías se encuentren en tránsito, la transmisión del riesgo operará (i) desde el momento de la celebración del contrato y (ii) desde el momento en que las mercaderías se pusieron en poder del porteador, siempre y cuando el vendedor no tuviese o debiese haber tenido conocimiento de la ocurrencia de la pérdida o deterioro de la mercancía. En esta segunda hipótesis, es necesario que de las circunstancias especiales del contrato se derive que el riesgo se transmite desde que se entregó al porteador; sobre este tema Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 214) citando a Adame Goddard afirman:

26 Sobre el particular Esplugues Mota et al. (1999, p. 312): “En este sentido y coherentemente con este precepto, el art 66 especifica que la pérdida o deterioro de las mercaderías sobrevenidas después de la transmisión del riesgo al comprador, no liberarán a este de su obligación de pagar el precio- dado que ya es responsable de cualquier daño que les pueda ocurrir- a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor, por ejemplo, en caso de un incorrecto embalaje de las mercaderías que termina por afectar a su calidad.

La concreción de este principio conlleva directamente, la necesidad de especificar cuándo se entiende que tal transmisión se ha producido y a ello se dedican los artículos 67 a 70 del texto de Viena, diferenciando diversas situaciones posibles. En este sentido pueden distinguirse dos supuestos: (1) en primer lugar, aquellos en los que el vendedor entrega los bienes a un porteador y (2) en segundo, aquellos otros –que podríamos calificar de compraventas directas en los que el comprador se hace cargo directamente de las mercaderías.

1. Con relación a los supuestos en los que le vendedor entrega los bienes a un porteador, la convención diferencia, a su vez, dos posibles situaciones:

a) En primer lugar, la convención aborda genéricamente los supuestos de contratos de compraventa que impliquen el transporte de las mercaderías. Respecto de ellos, el art 67.1 especifica, una vez más, dos posibilidades:

1ª. En los supuestos en que el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor este obligado a poner las mismas en poder de un porteador en un lugar determinado –que en este caso no es el destino-, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar.

2ª. En aquellas otras ocasiones en que implicando la compraventa el transporte de las mercaderías, y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa.

Téngase en cuenta, ello es importante, que el concepto de “poner en poder” implica, en los dos supuestos analizados, un cambio de posesión de las mercaderías”.

Un caso citado por algunos autores, que sirve para ilustrar que tipo de circunstancias son las que permiten deducir que el riesgo de las mercaderías vendidas en tránsito, no se trasmite desde la perfección del contrato, sino desde cuando las mercaderías son puestas en poder del porteador, es el del endoso de la póliza del seguro por parte del vendedor al comprador. “tal acto significa que el comprador podrá exigir a la compañía de seguros la indemnización por los daños que sufran las mercancías en cualquier momento de la travesía. En la mayoría de compraventas de mercancías en tránsito se da este endoso, por lo que es previsible que esta regla excepcional del artículo 68 tenga más aplicación que la regla prevista en la primera fase”²⁷.

Este tema se abordará en la tercera sección cuando se haga referencia al interés asegurable que tendrá el comprador y los efectos de la cesión de la póliza de seguro.

Al margen de las anteriores reglas resulta claro que la convención resuelve el problema de las obligaciones correlativas de las partes y la confusión que en algunos regímenes como el colombiano ha generado la falta de disposición expresa en cuanto a la obligación del comprador de pagar el precio por la pérdida de la mercancía luego de haber asumido el riesgo. Los artículos 66 y 70 establecen la obligación de pago correspondiente al comprador por la pérdida luego de la transmisión del riesgo: “La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor” (art. 66); lo que pareciera una cuestión de simple lógica se complica con las ambigüedades en que incurren los regímenes civil y mercantil nacional. Lo que ha obligado a la doctrina a procurar interpretaciones, no siempre pacíficas, en torno al régimen de la extinción de las obligaciones. Sobre el tema Oviedo Albán y Candelario Macías (2009, p. 210):

Debe preguntarse por los efectos de dicha regla, en frente de las obligaciones y derechos correlativos de cada una de las partes del contrato: vendedor y comprador.

27 Sobre la forma de entrega relacionada con los INCOTERMS 2000, Esplugues Mota et al. (1999, p. 313): “La posición mantenida en los INCOTERMS respecto de la transmisión del riesgo depende, también, de la presencia, o no, de un transporte de las mercaderías y del lugar en que, de acuerdo con los términos, se considere entregada la mercancía por el vendedor al comprador. Así, en aquellos términos en los que, existiendo transporte, se considera cumplida la obligación de entrega de las mercaderías, por el vendedor al comprador, cuando la misma se pone a disposición del transportador -la transmisión del riesgo se produce en el momento en que este se hace cargo de la mercancía (Así, por ejemplo, FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, CPT, CIP, siempre A.5 Y B.5). Como ya se ha dicho antes, existen otros términos -D, llegada- en los que, como consecuencia del momento en que se entiende cumplida la obligación de entregar las mercaderías por parte del vendedor al comprador, la transmisión de los riesgos se produce en un momento distinto, generalmente posterior. Así por ejemplo DAF, DES, DEQ, DDU Y DDP (En todos ellos A.5 y B.5). En ambos casos, el hecho de que el vendedor este autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías- algo relativamente habitual en el tráfico comercial internacional -no afectará a la transmisión del riesgo”.

Para el vendedor, quien no asume los riesgos por la pérdida fortuita de la cosa, la obligación de transferir el dominio y entregarla planteada en el artículo 1880 del código civil, se extinguirá. Así lo dispone el artículo 1625 numeral 7º, norma que trata sobre los modos de extinción de las obligaciones. Dispone dicha norma: “las obligaciones se extinguen en todo o en parte” (...). 7º Por la pérdida de la cosa que se debe”. Igualmente el artículo 1729 del código civil, señala que: “cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deje de estar en el comercio, o porque se desaparece y se ignora que existe, se extingue la obligación...”.

Ahora, lo que deberá pasar es que el comprador, quien asume el riesgo, estará de todas formas, obligado a cumplir con su obligación de pagar el precio de la cosa debida²⁸.

1.3.4 Jurisprudencia. La jurisprudencia internacional en torno al momento a partir del cual se transmite el riesgo por la pérdida fortuita de los bienes del vendedor al comprador es relativamente uniforme en cuanto (i) al deslinde entre el momento de la transmisión del riesgo y el traspaso de la propiedad, excluyendo a este último como factor determinante a la hora de definir el instante en que el comprador asume los riesgos por la pérdida, separando incluso el momento de entrega de los documentos representativos de la mercancía –que acreditarían el traspaso de la propiedad– de aquel en que se da la mencionada transmisión del riesgo; (ii) el momento de la entrega como el umbral que define la transmisión del riesgo del vendedor al comprador y (iii) la preponderancia que tienen los INCOTERMS y la forma en que estos determinan la forma de entrega según sean establecidos en cada contrato, pero también la facultad dispositiva de las partes al momento de pactar o modificar ciertas cláusulas de dichos INCOTERMS –incluidas las del momento de transmisión del riesgo–. Conforme a lo anterior, presentamos los siguientes cinco fallos:

Fallo uno: (10.12.1996. Arbitral Award. Vb/96074. Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration. Unknown. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=424>).

Una compañía yugoslava vendió y entregó caviar a una sociedad húngara. De acuerdo con el contrato, el comprador tenía que recoger el producto en la dirección del vendedor y llevar las mercancías a sus instalaciones en Hungría. El pago fue pactado para dos semanas después de la entrega de las mercancías, en dicho término ha tenido lugar el embargo de la ONU contra Yugoslavia entrando en vigor, dicho embargo, en Hungría. El demandante le asignó el reclamo por el precio de las mercancías a una

28 Así mismo y con una posición bastante crítica están Ospina Fernández y Ospina Acosta (1998, pp. 581-585).

empresa con sede en Chipre. El demandado reconoció la obligación, pero no podía pagar sobre la base de que el embargo de la ONU era un caso de fuerza mayor.

El tribunal arbitral consideró que los daños causados por fuerza mayor tienen que ser sufragados por la parte a la que el riesgo había pasado, es decir, la parte demandada. En este sentido, el tribunal arbitral consideró necesario señalar que el riesgo de la carga tuvo que ser asumido por la parte demandada (comprador), salvo que el contrato entre las partes o el derecho aplicable dispusiera lo contrario (artículo 67 de la Convención).

En consecuencia, el tribunal sostuvo que el demandado estaba obligado a pagar con interés el precio de los bienes entregados.

Fallo dos: (31.10.1995. Argentina. 47448. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. Bedial, S.A. vs. Paul Muggenburg and Co. GmbH. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=226>).

Un vendedor alemán y un comprador argentino perfeccionaron un contrato para la venta de hongos secos que se envían al comprador, con una cláusula de “C & F delivery”. Los bienes enviados desde Hong Kong a Buenos Aires se deterioraron durante el envío. El comprador inició una acción contra el vendedor alegando daños y perjuicios por falta de conformidad, debido a los defectos de los productos que causaron el deterioro durante el transporte.

Al igual que en la decisión de primera instancia, el Tribunal de Apelación sostuvo que de acuerdo con el art. 67 de la Convención, el riesgo de deterioro de los bienes se transmitirá al comprador desde el momento en que el vendedor entrega la mercancía al primer transportista.

La Corte también sostuvo que la cláusula C & F obligaba al vendedor a entregar la mercancía para su envío y pagar el flete, pero no a cambiar la hora de la transmisión del riesgo, que seguía siendo el momento de la carga a bordo del barco. Por otra parte, esto fue confirmado por el hecho de que el comprador había contratado una póliza de seguro de riesgos de transporte.

La Corte decidió finalmente que, de acuerdo con el art. 66 de la Convención, el comprador no fue liberado de su obligación de pagar el precio, por cuanto el deterioro de los bienes se produjo después de la transmisión del riesgo y el comprador no había demostrado que el deterioro se debió a un acto u omisión por parte del vendedor.

Fallo tres: (00.00.1995. Arbitral Award. CIETAC China International Economic and Trade Arbitration Commission. Unknown. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=210>).

En 1992, un comprador de California y un vendedor chino se pusieron de acuerdo en la venta de 10.000 kg de Jazmín, con “CIF Nueva York”. Tras la firma del contrato, el comprador advirtió al vendedor por fax que los productos estaban sujetos a un deterioro a altas temperaturas. El comprador pidió expresamente al vendedor, en consecuencia, que se asegurase de que la mercadería se almacenara en un lugar relativamente fresco durante el transporte. El comprador también pidió que la mercadería fuera, en la medida de lo posible, transportada en una línea directa. El vendedor no planteó ninguna objeción, pero respondió que la temperatura en el puerto era adecuada y no podría poner en peligro los bienes. Después de pasar por Hong Kong, y desembarcar en Nueva York, una gran parte de la mercancía se había derretido y filtrado debido al calor excesivo durante el viaje. Unos días más tarde, la mercadería fue enviada a los usuarios finales quienes se negaron a aceptarla. El comprador avisó al vendedor el mismo día. El comprador convocó tribunal exigiendo el pago de 60.000 dólares americanos más perjuicios.

El Tribunal sostuvo que el vendedor era responsable de los daños a los bienes de acuerdo con el art. 66 de la Convención, a pesar de la cláusula CIF, lo que significa que el riesgo se transmitiría al comprador con las mercancías que cruzan la borda del buque, en este caso, las partes habían llegado a un acuerdo contractual especial e independiente en relación con el problema de la temperatura durante el transporte. En la medida en que el vendedor no le había dado las directivas necesarias al transportista y había enviado la mercadería a través de Hong Kong en lugar de asignar un barco directo, no había cumplido con sus obligaciones contractuales determinadas por separado. El daño por lo tanto, fue causado por un acto u omisión del vendedor, tal como exige el art. 66 de la Convención.

Fallo cuatro: (14.12.2006. Germany. 2 U 923/06. Oberlandesgericht Koblenz. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1165>).

Un vendedor italiano y un comprador alemán celebraron un contrato para la venta de un determinado número de botellas que se entregarían “en fábrica”(EXW) y recibida por un transportista contratado por el comprador. Después de la entrega, el comprador se negó a pagar el precio, alegando que debido a un embalaje defectuoso de las botellas estas se rompieron o habían perdido su esterilidad, por lo tanto no eran apropiadas para su uso. El vendedor demandó al comprador para el pago.

El Juzgado de Primera Instancia falló a favor del comprador, encontrando que las botellas habían sido mal empacadas por el vendedor. En la apelación, el vendedor alegó ausencia de responsabilidad, afirmando que el riesgo del daño de las mercancías había pasado al comprador cuando la mercancía había sido puesta a disposición del transportista en su lugar de trabajo.

Después de encontrar que la Convención era aplicable a los méritos de la controversia de conformidad con su art. 1 (1) (a), la Corte sostuvo que el vendedor había incumplido el contrato por el embalaje de las botellas de manera inapropiada de acuerdo con el art. 35 (2) (d) de la Convención y por lo tanto, aunque el riesgo debió haber pasado al comprador cuando los bienes fueron entregados al transportista, el vendedor era responsable de los daños debido a la falta de conformidad de los bienes que ya existía en el momento en que el riesgo había pasado a manos del comprador bajo el contrato (art. 36). Como resultado de ello, ya que el daño se debió a su acción u omisión, el vendedor no podía recuperar el precio total de compra de los bienes (Art. 66 de la Convención).

El Tribunal también encontró que, a pesar de que el comprador había perdido el derecho a declarar resuelto el contrato en virtud del artículo 49 (2) (b) de la Convención, podría obtener una reducción de precios, debido a la negativa del comprador a pagarlo –después de que se había dado la debida notificación de la falta de conformidad de los bienes– podría interpretarse como una reducción del precio a cero, ya que los bienes habían perdido todo su valor a causa de un embalaje defectuoso por parte del vendedor (art. 50 de la Convención). Para llegar a esa conclusión, el Tribunal consideró que la referencia en el art. 50 al “momento de la entrega”, como el momento en que el valor real de los bienes entregados debe ser apreciado, debe interpretarse en el sentido del tiempo en que se pusieron las mercancías a disposición del comprador después de la llegada a su destino final.

Fallo cinco: (26.03.2002. USA. 00 Civ. 9344 (SHS). U.S. District Court, S.D., New York. St. Paul Guardian Insurance Co. et al. vs. Neuromed Medical Systems & Support et al. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=730>).

Un comprador de EE. UU. y un vendedor alemán celebraron contrato de venta de una máquina de resonancia magnética (MRI). La MRI fue entregada en el buque por la empresa alemana en buen estado de conservación y funcionamiento. Cuando MRI llegó a su destino en los EE. UU., se demostró que había sido dañada y se evidenció la

necesidad de una reparación mayor. Los plazos de entrega del contrato establecían que el equipo iba a ser enviado “CIF New York Seaport”, según los INCOTERMS, lo que significa que el vendedor era responsable de pagar el costo, flete y seguro necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino, sin embargo, el riesgo de pérdida pasaba al comprador en el puerto de embarque.

El comprador presentó una demanda judicial en los EE. UU. tratando de recuperar los bienes dañados. Alegó que el riesgo de pérdida se mantuvo con el vendedor hasta que los bienes fueron entregados a su puerto de destino en los EE. UU., debido, entre otras cosas, a que la propiedad de los bienes no pasaba al comprador hasta que su pago final se hubiese realizado. El demandado objetó que, de conformidad con la definición de los INCOTERMS CIF, el riesgo de pérdida pasa al comprador en el puerto de embarque.

En cuanto al argumento del demandante de que la reserva de dominio en el contrato había modificado el término CIF, en relación con el traslado del riesgo de pérdida, la Corte sostuvo que en virtud de la Convención, el riesgo se transmite sin tener en cuenta quien es dueño de los bienes (Art. 4 (b)). Esta interpretación se ve confirmada por el art. 67 (1) de la CIM que establece que la retención que hace el vendedor de los documentos representativos de los bienes no afecta a la transmisión del riesgo, lo que implica que el traslado de los riesgos y la transferencia del dominio no tiene por qué ocurrir en el mismo tiempo.

De esta forma, el carácter dispositivo de la Convención y su decidida residualidad a la hora de definir de manera específica las relaciones jurídicas surgidas en los contratos de compraventa internacional de mercaderías permiten deducir, y obligan a analizar, la preponderancia que alcanza una de las figuras del derecho mercantil internacional más usadas en el comercio, a decir, los INCOTERMS (International Commercial Terms), su carácter también dispositivo y su propia naturaleza:

La Convención se encarga de hacer especial hincapié en la circunstancia de que momento y lugar de entrega son los determinados por el contrato (y, en su caso, por los usos) y sólo en defecto de ellos, se aplican las reglas dispositivas establecidas por la Convención. (...) Estas reglas son como la casi mayoría de las disposiciones de la Convención dispositivas (art. 6 CNUCCIM), por lo que las partes podrán desplazarlas. Precisamente en el tema que nos ocupa el desplazamiento de las reglas sobre transmisión del riesgo es altamente probable, en particular si las partes utilizan alguno de los términos comerciales internacionales (INCOTERMS) elaborados

por la Cámara de Comercio Internacional, cuya última versión es del año 2000. Si bien, como indicábamos cuando las partes pacten en su contrato cualesquiera de esos términos, la Convención será desplazada, ésta fue redactada teniendo en mente la existencia de los INCOTERMS 2000, por lo que bien puede decirse que se adoptan soluciones coincidentes. Con todo, la utilización de los INCOTERMS 2000 es preferible por el detalle y profundidad con el que se regula la transmisión del riesgo y, además, porque al no ser un instrumento vinculante por los Estados su revisión se facilita y con ello el que las revisiones se adapten al ritmo de los tiempos. (Perales Visacasillas, 2002)

Es de resaltar el último aparte de esta posición, de cara a desentrañar la naturaleza de los INCOTERMS y el tratamiento que en un país como Colombia recibe desde el punto de vista del derecho privado, pero sin perder de vista lo referente a la regulación aduanera que siempre estará presente en la gran mayoría de las compraventas internacionales de mercadería, puesto que, lógicamente, suponen, en la gran mayoría de los casos, un proceso de distribución física internacional (DFI)²⁹ e importación-exportación,

29 Desde el inicio de las operaciones mercantiles de comercio exterior, surgió una creciente necesidad de obtener una mayor competitividad en el momento de realizar operaciones internacionales de comercio (exportaciones e importaciones); dicha necesidad incentivada por la complejidad y competitividad que a diario se presenta en el comercio exterior como la inclusión de nuevos países comerciantes, nuevas costumbres o reglas llamadas por la ICC INCOTERMS y nuevos procesos que se incluyen para obtener un mayor control del objeto pactado.

Para satisfacer la necesidad de los participantes de la comercialización internacional se ha establecido una serie de procedimientos o cadena a seguir llamados Distribución Física Internacional (DFI), para realizar un adecuado proceso de salida, tránsito y entrega de la mercancía, objeto o cosa pactada entre las partes (comprador y vendedor) quienes acuerdan la operación de comercio a realizar mediante la elaboración de un contrato de compraventa.

La DFI es la serie de operaciones necesarias para viabilizar el traslado físico de un producto desde el local del exportador hasta el local del importador. Esto constituye la cadena de distribución física, en la cual cada operación requiere la contratación de un servicio, lo cual representa un componente de costo que puede ser directo o indirecto. Su objetivo principal es reducir al máximo los tiempos, los costos y el riesgo que se puedan generar durante el trayecto, desde el punto de salida en origen hasta el punto de entrega en destino.

Los costos directos son: embalaje, marcado, documentación, unitarización, manipuleo, seguro, transporte, almacenaje aduanero, bancario y agentes.

Los costos Indirectos: administración y capital (inventario).

Operaciones dentro de la DFI

La DFI se divide en tres partes: País de origen, tránsito internacional y país de destino. Cada parte tiene sus componentes y cada componente genera costos.

País de origen

- Costo del producto: Incluye el desarrollo, adaptación, control de calidad, empaque, embalaje, marcas y algún otro proceso necesario para colocar el producto disponible para la exportación.
- Documentación: Todos los documentos necesarios para tener una salida legal de la mercancía.
- Cargue: Es el cargue de la mercancía que se realiza en las bodegas del vendedor.

y consecuentemente, pero no menos importante, valoración aduanera y tributación internacional (precios de transferencia).

-Transporte local: Es el transporte elegido para llevar la mercancía por todo el territorio local hasta el punto de embarque.

-Seguro local: Por medio del cual se asegura la mercancía durante su paso por país origen.

-Agenciamiento aduanero: Se presentan todos los documentos necesarios para elaborar una exportación legal, si la aduana certifica que están correctos, emite la autorización de embarque el cual determina el DEX final.

-Manipulación terminal origen, puerto, o aeropuerto: Es el último paso por país de origen, en el cual se realiza el procedimiento de embarque al buque. Cabe decir que también es sitio de almacenamiento de la mercancía, si esta no puede salir inmediatamente a su llegada.

Tránsito internacional

-Transporte internacional: Puede ser marítimo, terrestre, aéreo.

-Seguro internacional: Es el seguro que adquiere la mercancía al salir del país origen.

País destino

- Manipulación terminal origen, puerto, o aeropuerto: Es el primer paso de país destino, en el cual se realiza el procedimiento de desembarque del buque. Cabe decir que también es sitio de almacenamiento de la mercancía, si esta no es recogida inmediatamente de su llegada.

- Agenciamiento aduanero: Se presentan todos los documentos necesarios para elaborar una correcta importación, se cobra el gravamen (arancel) que genera el ingreso de la mercancía así como el IVA. La aduana debe certificar el correcto procedimiento con la aceptación de la declaración y levante de la mercancía.

- Transporte local: Es el transporte elegido para llevar la mercancía por todo el territorio local en destino hasta el punto de entrega pactado.

- Recepción y descarga: Es dejar la mercancía lista en el punto de entrega pactado.

Se puede observar con lo dicho anteriormente que el perfeccionamiento de una compraventa internacional depende en gran parte de la optimización del análisis de costo y tiempo de la cadena de distribución física.