

JOAQUÍN DE JESÚS CASTAÑO RAMÍREZ

**INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS COMO CRITERIO
INTERPRETATIVO DE RESOLUCION APLICABLE EN EL INCUMPLIMIENTO POR
VICIOS OCULTOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: SOSTENIBILIDAD
JURIDICA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DEPARTAMENTO DE POSGRADOS, MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL
BOGOTA
2018**

**INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS COMO CRITERIO
INTERPRETATIVO DE RESOLUCION APLICABLE EN EL INCUMPLIMIENTO POR
VICIOS OCULTOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: SOSTENIBILIDAD
JURIDICA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO**

Joaquín de Jesús Castaño Ramírez¹

Tesis presentada al Instituto de Posgrados para obtener el título de

MAGISTER EN CONTRATACIÓN

Director de Tesis

Tutor

**DR. JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
ABOGADO-MAGÍSTER**

¹ Abogado de la Universidad Libre de Pereira, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana y en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario, abogado litigante; y estudiante de la Maestría en derecho contractual público y privado en la Universidad Santo Tomás de Aquino de Colombia, Bogotá, Colombia.

Correo electrónico: joaquin123@gmail.com

Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo I.....	9
1.1 Consideraciones preliminares.....	9
1.2 Naturaleza y Fines de la armonización de conceptos en el derecho mercantil	13
1.2.1 El Incumplimiento esencial	14
1.2.2. El incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento jurídico colombiano ..	16
Capitulo II	21
Los tratados internacionales como fuente de derecho interno	21
2.1. Las Fuentes del Derecho.....	28
2.1.1. Autonomía de la voluntad como principio general del Derecho	30
2.1.2. Principio de Igualdad.....	31
2.1.3. La Analogía: como solución de conflicto frente a una normativa poco clara y con diversas posturas.	32
2.2. Control de convencionalidad y Bloque de Constitucionalidad	33
2.3. La Convención de Viena en el ordenamiento jurídico colombiano	37
Capítulo III.....	41
3.1 Doctrina y Jurisprudencia sobre el incumplimiento esencial y su efecto resolutorio .	42
3.2 Doctrina y jurisprudencia sobre el incumplimiento y sus remedios jurídicos en el ordenamiento colombiano.....	56
3.3. Diversas posturas de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en casos de no conformidad de las mercancías en contratos de compraventa.	62
Capitulo IV	65
Conclusiones	65
Referencias Bibliográficas	68
Legislación	88
Jurisprudencia	90

Introducción

En el marco de las relaciones comerciales en Colombia, especialmente en lo que refiere al contrato de compraventa, el tema del incumplimiento por vicios ocultos es causa de incertidumbre e inseguridad jurídica por la diversidad de acciones de saneamiento o remedios jurídicos de los que dispone el comprador insatisfecho. Según Oviedo (2014) el concepto de contrato de compraventa establecido en el artículo 905 del Código de Comercio colombiano, el vendedor asume a la perfección del contrato, la obligación de traditar el bien al comprador y entregarlo materialmente. En tal sentido, es de suponer que cuando el vendedor no cumpla la obligación de conformidad en la entrega, porque la cosa no corresponde a la pactada, en cuanto a cantidad, calidad y tipo; o por defectos sean observables u ocultos o porque el comprador no pueda disponer de ella según lo convenido, el comprador insatisfecho dispondría de las acciones por incumplimiento, que a saber son: la acción de ejecución del contrato o la declaración de resolución o terminación del contrato, según lo expresado en el artículo 870. Sin embargo, sucede que los remedios con los que cuenta el comprador ante la infracción de la obligación de conformidad son variados y se encuentran reglamentados de forma dispersa en el Código de Comercio y en el Código Civil, lo que hace que se generen conflictos cada vez más complejos entre las partes, lo cual constituye una verdadera incertidumbre jurídica porque existen pluralidad de remedios jurídicos a disposición del comprador, planteándose el problema de cuál de ellos ha de ejercitar y por cuál criterio resolver el conflicto.

En el mismo sentido y siendo que el tema de la no conformidad de las mercancías ha incrementado con el comercio global, conduce a la necesidad e importancia internacional de una aproximación a un marco jurídico uniforme con el objeto de facilitar la negociación y operación

de los contratos, simplificar los acuerdos y solucionar los conflictos respecto de temas donde existan vacíos o incertidumbre, como es el caso del cumplimiento en los contratos de compraventa, específicamente la causal de incumplimiento por vicios ocultos contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, dentro de un contexto que resulte armónico tanto en contratación internacional como interna, abriendo la posibilidad de resolverlos sirviéndose de elementos objetivos cuyo criterio principal se centre en la conformidad material de la cosa y la satisfacción de las expectativas contractuales, como el concepto de incumplimiento esencial de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la cual forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que Colombia la ha suscrito y acogido mediante la Ley 518 de 1999.

Ya en el Derecho Internacional Público moderno se plantean diversos escenarios en los cuales los tratados internacionales y las obligaciones establecidas en ellos empiezan a jugar un papel muy importante, especialmente por la forma en que los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados Parte empiezan a armonizarse con dichas disposiciones, es decir, empiezan a incidir cada vez más en el establecimiento del alcance y contenido de las normas de los derechos internos.

Por su parte, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado también se han consolidado sistemas normativos que han intentado dar respuesta a las diversas necesidades planteadas por cuestiones enfocadas en los preceptos de la globalización del derecho y la forma en que se regulan ciertos asuntos a través de los diversos tratados internacionales y que atañen a la órbita del derecho civil y las relaciones comerciales. Así por ejemplo, ante casos como el artículo 1546 del Código Civil Colombiano, que señala que un contrato puede ser resuelto por el

incumplimiento de una de las partes, sin precisar criterios específicos u objetivos para su pleno establecimiento, los tribunales internos de otros países como Chile consideran la incorporación del concepto de “incumplimiento esencial” de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, como una forma de superar la situación y dirimir sobre aspectos ambiguos y subjetivos del incumplimiento, dado que dicho concepto tiene un mayor alcance al privilegiar la inconformidad material del comprador, por encima de las obligaciones contractuales e instala una noción unitaria de incumplimiento, amplia y objetiva, que encierra toda manifestación de incumplimiento e impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes, valorando la satisfacción de la expectativa concreta en la que se basó el negocio sin apegarse solo a los aspectos subjetivos del incumplimiento. En tal sentido, el contrato dejaría de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (artículo 1438 Código Civil Chileno) en virtud de que hoy se impone una noción más realista que atiende principalmente al interés de las partes y como lo destaca el catedrático Morales Moreno Antonio Manuel citado por Vidal (2009) “este enfoque realista es el único que permite rescatar el propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción”.

El problema de esta investigación radica en la inseguridad jurídica a la que se expone el interés de las partes en virtud de la doble normatividad que regula los contratos de compra venta en el Código Civil y Código de Comercio, lo cual redundo en una pluralidad de acciones, términos y remedios jurídicos para el caso de incumplimiento por vicios ocultos, contrario a los efectos que se producen frente a la no conformidad de las mercancías en virtud de la aplicación del concepto de incumplimiento esencial contenido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Por esta razón, se plantea necesario analizar si es posible en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, cuando se está frente a un incumplimiento por vicios ocultos del contrato de compraventa, equiparar elementos del concepto de incumplimiento esencial” que establece la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, como criterio interpretativo válido de resolución del contrato, en consideración al enfoque objetivo y a las soluciones evidentemente más prácticas que éste se propone.

Desde el punto de vista académico resulta relevante debido a que por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha tenido en cuenta elementos muy generales e imprecisos de interpretación, acudiendo al concepto “grave incumplimiento” o “incumplimiento leve” para resolver los conflictos de incumplimiento por vicios ocultos en los contratos de compra venta, no admitiendo los mismos como condición resolutoria plena del contrato. Es el caso de la Sentencia de Casación Civil del 19 de Octubre de 2009, exp. No. 05001-3103-009-2001-00263-01, M.P William Namén Vargas, donde se advierte el siguiente criterio: “en veces el incumplimiento no es de tal magnitud, trascendencia o gravedad para justificar la resolución, ocasionando, empero perjuicios, a cuyo resarcimiento tiene derecho el acreedor y aún éste puede aceptar el cumplimiento, perseverando en la reparación de los daños causados y también, ejecutado el contrato, podrán presentarse reclamaciones a propósito de la idoneidad funcional de los bienes o servicios, tal como acontece, *ad exemplum*, en la compraventa, con los vicios o defectos ocultos de la cosa entregada” o como se observa en este otro caso en el cual la Corte denegó la demanda de resolución y se decantó por la acción redhibitoria, por considerar que el defecto alegado no inutilizaba la cosa ni su destinación funcional pactada, apoyándose en el siguiente criterio:

“Desde luego, la preexistencia de los vicios y su conocimiento posterior a la entrega por el comprador, comporta un incumplimiento de la obligación de entregar la cosa sana y completa, cuya consecuencia es el saneamiento redhibitorio, o sea, la resolución o la reducción del precio y, en su caso, con indemnización de perjuicios, pero si el vicio o defecto es del tal magnitud, gravedad e importancia que inutilice absolutamente la cosa según su destinación funcional, natural o negocial, *estricto sensu*, asimilase “*naturalísticamente en realidad a una falta total de entrega*” dando paso a la acción resolutoria general, según Sentencia de casación civil del 14 de enero de 2005, exp. 7524 M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Ambos casos demuestran la inseguridad en la que se mueve el operador jurídico colombiano en las reclamaciones por compra de bienes defectuosos en virtud de la pluralidad de condiciones y remedios jurídicos que existen en nuestro ordenamiento jurídico para el tema de la condición resolutoria del contrato de compraventa en los casos de incumplimiento por vicios ocultos.

Verda y Beamonte, J. de (2009)

En tal sentido, para los fines de esta investigación resulta importante establecer si los conceptos de “grave incumplimiento”, “incumplimiento leve” e “incumplimiento esencial”, puedan ser entendidos de manera equivalente respecto de la no conformidad material de la cosa objeto del contrato, para superar la discusión de vicios ocultos que propicia nuestro ordenamiento interno; o si por el contrario, comportan diferencias sustanciales o constitucionalmente determinantes que hagan inviable e insostenible jurídicamente la aplicación del concepto de incumplimiento esencial como criterio interpretativo de condición resolutoria en los casos incumplimiento del contrato de compraventa por vicios ocultos.

Por lo que para efectos del desarrollo de esta investigación se tiene previsto abordar el siguiente problema:

¿Es jurídicamente sostenible en el contexto del derecho privado colombiano, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria sobre la causal de “incumplimiento esencial” establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías para ocuparlo e invocar la resolución del contrato en los casos incumplimiento por vicios ocultos?

En atención a lo anterior, el objetivo principal de este trabajo será determinar si, en el contexto del derecho privado colombiano, es jurídicamente sostenible la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del “incumplimiento esencial” establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías sobre la causal de incumplimiento del contrato de compraventa por vicios ocultos, para lo cual se proponen los siguientes objetivos específicos:

Analizar conceptual y funcionalmente los elementos que configuran el incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento jurídico colombiano y el incumplimiento esencial establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Precisar el alcance que tanto la jurisprudencia como la doctrina le han dado al concepto de “incumplimiento esencial” como criterio de interpretación válido para resolver contratos por no conformidad material en el derecho comparado.

Analizar cómo la jurisprudencia nacional ha interpretado a la luz de la Convención de Viena los conflictos que se presentan en contratos de compraventa internos.

Establecer el alcance del concepto de incumplimiento esencial de la Convención de Viena como criterio de interpretación para la resolución del contrato de compraventa, en los casos de incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para efectos de desarrollar los objetivos de esta investigación se ha elegido el tipo de investigación Básica o Pura, porque tiene pretensiones de universalidad en sus resultados y en términos de la investigación jurídica, la investigación básica hace referencia a las construcciones teóricas del derecho, la formulación de teorías o las nuevas comprensiones teóricas que puedan explicar cualquier objeto de estudio perteneciente a la realidad fáctica-teórica, pues se presume que la validez de sus resultados son lógicamente correctos, o sea, son válidos deductivamente para cualquier contexto, como es el propósito de este trabajo. Rodríguez, F. (2014). Sirviéndose así mismo del método Cualitativo/interpretativo, se realiza una investigación bibliográfica en las que se toma como fuentes primarias: La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, leyes civiles y mercantiles del ordenamiento colombiano, jurisprudencia nacional e internacional y como fuentes secundarias se tendrán la doctrina, artículos de investigación y tesis de grado respecto al tema y así el desarrollo se llevará a cabo en capítulos, a partir del análisis documental y una organización de contenidos que dé satisfacción a los objetivos propuestos, para aproximar conclusiones a partir de interpretación hermenéutica, acotando el significado que la Corte Constitucional colombiana (2006) señaló en la Sentencia C-820 que a su tenor reza: "...A pesar de que el propio sentido de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite el debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la

vida social y atribuir un significado a un significado lingüístico”. Y en el mismo sentido lo expresan Gadamer y Husserl, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referir esta interpretación a la hermenéutica jurídica, se sugiere la aproximación a una propuesta de solución al problema jurídico planteado a partir del análisis y comprensión del intérprete. Chaves (2016) (p.4)

En tal sentido la organización de este trabajo estará dividida en tres partes, de las cuales la primera dará cuenta de un análisis conceptual y comparativo del incumplimiento en los contratos de compraventa, sus elementos constitutivos, sus alcances, acciones y fines tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en el marco de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, específicamente el concepto de incumplimiento esencial determinante en este estudio. La segunda parte se dedicará al estudio jurisprudencial y doctrinal de los criterios utilizados para sustentar las decisiones y acciones pertinentes en los casos de incumplimiento por vicios ocultos y el alcance del concepto de incumplimiento esencial de la Convención como criterio interpretativo para sustentar la condición resolutoria del contrato de compraventa por no conformidad material de la mercancía. Y por último exponer las conclusiones a las que se ha llegado a partir de este trabajo investigativo que pretende iniciar la inquietud sobre la necesaria reinterpretación de algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico a la luz del marco que nos facilita cada día más el derecho uniforme, en cuanto sea aplicable.

El incumplimiento esencial de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y el incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento jurídico colombiano

Capítulo I

1.1 Consideraciones preliminares

El incumplimiento de un contrato, como concepto autónomo supone una lesión o perturbación que se produce por la ejecución inexacta de la prestación convenida, lo cual da derecho al comprador insatisfecho a una serie de acciones de saneamiento que incluyen la resolución del contrato mismo, la rebaja del precio, entre otras, sin perjuicio de solicitar indemnizaciones a que hubiere lugar. Es una figura universal, que surge en el derecho como excepción al principio latino *pacta sunt servanda* —lo pactado debe cumplirse—, sin embargo, como observa León Robayo (2006) a pesar de la importancia y los efectos que tiene esta figura jurídica en el tema de contratos, las legislaciones occidentales en general no contienen una definición exacta que precise el incumplimiento como condición de resolución, lo que no sucede en el Common law, que tiene elementos objetivos y remedios jurídicos prácticos para determinarlo y dar lugar a la resolución del contrato, aun cuando su tendencia es a decantarse por las acciones redhibitorias de saneamiento e indemnización manteniendo el contrato.

En atención a esto ha surgido en el derecho comercial uniforme la necesidad de armonizar elementos esenciales para el negocio jurídico e incorporar este propósito en tratados internacionales y en principios de contratación, tales como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de Unidroit sobre los

contratos comerciales internacionales, para establecer un marco objetivo de criterios que brinde una mayor seguridad jurídica en los contratos.

El ordenamiento jurídico colombiano no es la excepción, ya que no dispone de una norma que precise cuándo existe incumplimiento de forma práctica y objetiva, sino que el mismo depende de la concordancia con diversos supuestos que dan lugar a una pluralidad de acciones.

Los contratos legalmente celebrados en Colombia son ley para los contratantes y deben ser cumplidos de buena fe según las leyes civiles y mercantiles vigentes (C.C., arts. 1602 y 1603 y C. Co., art. 871) y en el Código Civil se sanciona el incumplimiento negligente del deudor, con base en una graduación de la culpa “lata, leve y levísima” (art. 1604) y se establecen figuras como la mora (arts. 1608 y 1610) y la resolución por incumplimiento cuando este es Grave.

En el mismo sentido, el articulado del Código de Comercio prevé algunos supuestos que regulan los efectos que acarrea el incumplimiento de las obligaciones de las partes, respecto de ciertos contratos, específicamente en los casos de las obligaciones del comprador (art. 1390), del corredor (art. 1346), del vendedor (art. 942), la falta de cumplimiento en el suministro (art. 973) y el incumplimiento parcial en el negocio plurilateral (art. 865) y se puede observar que para todo contrato (bilateral) se encuentra implícita la condición resolutoria tácita, como mecanismo que le otorga la potestad a la parte cumplida de una relación contractual que no ha sido honrada por su contraparte, de solicitar la resolución por vía judicial del contrato o por el cumplimiento del mismo, en uno u otro caso también tiene la facultad de solicitar la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado con ocasión del incumplimiento, según lo establece el Código de Comercio colombiano art.870.

Ahora bien, específicamente en el caso de incumplimiento por vicios ocultos, como causal de resolución del contrato, hay aspectos imprecisos que siempre generan considerable conflictividad en el marco de los contratos de compraventa, particularmente relevante en el caso de las compraventas de carácter mercantil, donde mayormente se presenta el caso de vicios ocultos o suministro de mercancía defectuosa al comprador por parte del vendedor o proveedor, en virtud de muchos supuestos para determinar la magnitud del incumplimiento, que surgen a partir de la doble regulación que sobre el tema contiene el ordenamiento jurídico colombiano, que provienen del Código Civil en su artículo 1546 y del Código de Comercio artículo 870; es decir, su regulación y acciones de saneamiento, entre otras, dando lugar a un abanico de acciones que puede ejercer el operador jurídico, según los criterios de interpretación diversos y sus respectivas incidencias en los plazos, consecuencias y modos de saneamiento, lo cual redunda en una inseguridad jurídica en virtud de la pluralidad de remedios jurídicos.

Como bien describe Martínez Canellas (2001), son diversas las razones que dificultan la armonización y posterior unificación en derecho, y en especial del derecho mercantil, en virtud de la diversidad de sistemas legislativos, con conceptos específicos difícilmente asimilables a otros ordenamientos y porque en principio todo jurista tenderá a creer que su sistema jurídico contiene las soluciones más justas y por lo tanto en gran medida, desconoce y desestima los criterios de sistemas jurídicos foráneos, por lo que conseguir una solución integradora como lo que pretende esta investigación es una labor compleja.

Los conceptos de "armonización" y "unificación" del derecho mercantil internacional se refieren al proceso por el cual se van creando y aprobando normas jurídicas que facilitan el comercio internacional. Entendiéndose por "armonización" el proceso por el que pueden

modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas, mientras que la "unificación" se refiere a la aprobación de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales Uncitral (2010)

Aun cuando desde los orígenes al derecho mercantil se le reconoce vocación internacional y por ende tendería naturalmente a la necesidad de armonización y uniformidad que tuvo alguna vez, tal como afirman reiteradamente la doctrina expresada por juristas como Goldsmidt, Cannaris y Coin, entre otros, el tema de la Unificación es complejo. Farrando (2000)

En tal sentido y aceptando que frente a esta pretensión existen varios criterios de interpretación, se ha elegido para iniciar el análisis documental el contexto jurídico del derecho uniforme, por considerarlo en primer lugar armonizador del concepto incumplimiento y sus respectivas acciones consecuenciales. Y en segundo lugar porque las leyes uniformes que se elaboran en Convenciones internacionales contienen los principios legales internacionales que son fuentes principales de solución de conflictos y lagunas legales y contractuales de carácter internacional que pueden extrapolarse por analogía o por vía de interpretación teleológica a los ordenamientos internos de los países que hagan parte de una determinada Convención y la hayan acogido en su ordenamiento jurídico interno, como es el caso de Colombia y la Convención de Viena.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, surge como resultado de un esfuerzo conjunto para establecer un marco normativo uniforme que permita regular de manera más práctica y objetiva los aspectos más importantes del contrato de compraventa internacional, logrando así brindar mayor seguridad jurídica, con figuras más

objetivas como el concepto de incumplimiento esencial. Es importante porque ofrece un sistema innovador de derechos y obligaciones más acordes con la realidad comercial actual, y un sistema de acciones basado en la esencialidad del incumplimiento y no en la importancia de la obligación incumplida. Y es idónea para contextualizar el presente estudio ya que es un Tratado que crea derecho directamente aplicable a los particulares entre sí, sin necesidad de norma de transposición, es decir, es un “*selfexecuting*”, “*a law making treaty*”. “Los “*self-executing*” son Tratados que, una vez incorporados al ordenamiento interno del Estado, son de aplicación inmediata por los órganos judiciales y de la Administración, por lo que los derechos contenidos en las normas de la Convención pueden ser alegados por cualquier particular ante los tribunales de los países Partes” Martínez Canellas (2001), como es el caso colombiano.

1.2 Naturaleza y Fines de la armonización de conceptos en el derecho mercantil

Fernández Rozas (2009), sostiene firmemente que: “Ante la inexistencia hoy por hoy, de un Derecho de los Negocios Internacionales común a todos los estados, tendremos que combinar de distintas fuentes de producción Jurídica, de origen institucional, convencional e interno” (p.47) es decir, buscar una armonía conveniente que facilite las relaciones de intercambio global.

La armonización de conceptos del derecho mercantil parte de la premisa de que tal unificación es conveniente para el desarrollo de la economía mundial, aun cuando no todos estén de acuerdo con estas premisa, y puedan existir discrepancias por razones políticas, de soberanía nacional, según Martínez Canellas (2001) la principal finalidad es la seguridad jurídica, ya que una regulación uniforme permite a los comerciantes prever las consecuencias jurídicas de sus actuaciones y los remedios a su disposición en caso de incumplimiento. La continua búsqueda de una definición lo suficientemente segura generó la averiguación de la mayor objetividad posible,

que pretende evitar posibles conflictos en la apreciación de la voluntad de las partes, y evitar la posibilidad de interpretaciones divergentes por los tribunales.

Así mismo una interpretación objetiva permite que las partes sepan a qué atenerse con menos riesgo de error y la resolución puede establecerse sin necesidad de acudir a los jueces o árbitros, mediante una rápida notificación, lo que es un gran avance en cuanto a la celeridad del tráfico jurídico mercantil. (Farrando 2010)

En tal sentido resulta pues necesario y conveniente que los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como supranacionales, articulen cuantos mecanismos sean precisos para que los contratos celebrados entre partes independientes puedan preservar la seguridad y facilitar y mejorar el tráfico jurídico.

1.2.1 El Incumplimiento esencial

El primer presupuesto de la existencia de un incumplimiento esencial es la existencia de un incumplimiento, por ello ya hemos justificado el concepto de incumplimiento autónomamente, sin tener en consideración su significación en derecho interno no uniforme.

Todo contrato tiene por objeto la satisfacción de una necesidad, y esta satisfacción en el contrato debe consistir en corresponder a aquello que persigue quien lo celebró, es decir entregarle aquello que para él es esencial (Larroumet, 2007). En tal sentido se entiende que un incumplimiento será esencial en la medida en que su incidencia sobre las expectativas del contratante cumplido sea de tal naturaleza que las frustre de manera definitiva siendo imposible intentar, por cualquier medio, subsanar la deficiencia sobreviniente.

El concepto de incumplimiento esencial adoptado por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, en su artículo 25, es un supuesto que le permite al comprador ejercitar la acción resolutoria, acción que podría a manera de solución incorporarse al ordenamiento interno colombiano ante la inconsistencia de las soluciones que ahora se tiene para casos similares.

En virtud que el artículo 25 es un concepto específico de la Convención de Viena, usualmente desconocido en legislaciones nacionales y por los efectos de análisis del mismo para esta investigación, transcribimos el texto del citado artículo, al tenor siguiente:

Artículo 25

“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” CISG

Este concepto de incumplimiento esencial concuerda, con expresiones jurídicamente en uso en relación a la privación sustancial de “*todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado*“, en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del “*fin práctico*” perseguido, de la “*finalidad buscada*” o de las “*legítimas expectativas*” planteadas, según el concepto de la jurisprudencia española contenida en la STS-1ª 638/2013 de 18 nov, Rec. 2150/2011, que aborda una revisión doctrinal importantísima respecto de la resolución del contrato, y de sus efectos para la eficacia contractual.

Su centro de atención se sitúa en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato, por lo que se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios y utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado.

La resolución del contrato es el remedio más drástico que propone la Convención a partir del artículo y el mismo, es un requisito previo para ejercerlo con arreglo a otras disposiciones de la Convención, tales como el derecho de una parte de declarar resuelto el contrato en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 49 y del apartado a) del párrafo 1 del artículo 64, y el derecho de un comprador a exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de unas no conformes al contrato (párrafo 2 del artículo 46).

Según el compendio de Jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, un incumplimiento esencial implica, ante todo, que una parte ha incumplido el contrato. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato puede bastar —siempre que se cumplan los demás requisitos de un incumplimiento esencial—, tanto si la obligación se especificó en el contrato entre las partes como si se deduce de las disposiciones de la Convención. Incluso el incumplimiento de un deber colateral puede dar lugar a un incumplimiento esencial.

1.2.2. El incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento jurídico colombiano

Según el Código de Comercio en su Art. 934. Los Vicios ocultos se determinan “Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural

destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor. En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida."

En virtud del contrato de compraventa ante la existencia de un defecto o vicio del bien, el comprador cuenta con diferentes acciones para procurar el saneamiento, pero más allá de ese fin, el verdadero problema surge en determinar qué acción o remedio acoger y el tiempo para impetrarla. Al efecto, estos desarrollos normativos se han dado desde diferentes puntos de vista:

Como regulación general para contratos, el Código Civil dispone de la condición resolutoria o de cumplimiento en caso de que uno de los contratantes no cumpla con las obligaciones. En particular, el artículo 1546 permite su utilización por el comprador en procura de satisfacer sus derechos, pero nótese que la misma no hace mención a la identidad del incumplimiento contractual, bien sea grave o leve y tampoco habla del término para impetrar la acción. Al respecto la norma señala:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”
(negrilla fuera de texto)

En el capítulo especial de la compraventa en el Código Civil colombiano, refiere igualmente a la posibilidad que tiene el comprador para resolver el contrato, cuando el bien presente defectos

que hagan la cosa impropia para su natural destinación o funcione imperfectamente y si el defecto es menor, procede la rebaja del precio, permitiéndose igualmente como lo señala el artículo 1546 una interpretación con alto grado de subjetividad tanto para los sujetos contractuales como para el juzgador.

Al respecto los artículos 1914 – 1916 regulan todos los aspectos referidos a la acción redhibitoria en relación a su concepto, alcance y término de prescripción. Así las cosas, ha establecido que “Se llama redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados vicios redhibitorios”. Por su parte el artículo 1915 prevé que los vicios redhibitorios deben reunir por lo menos las siguientes condiciones:

- 1) Haber existido al tiempo de la venta;
- 2) Ser tales, que por ellos **la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;** (Negrilla fuera de texto)

Se ahonda en el problema con el término de prescripción fijado de manera especial para los casos de saneamiento dependiendo de la acción que se interponga, bien la resolución o la rebaja del precio la que tratan los artículos 1923 y siguientes:

Por ejemplo en los términos del artículo 1923: “**La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles** y un año respecto de los bienes raíces...” **Mientras que la**

acción para solicitar rebaja de precio prescribe en un año para los bienes muebles y en diez y ocho meses para los raíces (Artículos 1925 y 1926) (Resaltado propio).

De otro lado, en el Código de Comercio colombiano, en términos parecidos al artículo 1546 del C. Civil, dispone de la condición resolutoria general de los contratos en la que el contratante cumplido puede solicitar el cumplimiento o la resolución y siguiendo su misma esencia, tampoco califica la identidad del incumplimiento. Así menciona la norma:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios “. (Artículo 870) (Resaltado propio).

Aunque con una variable a la advertida en el Código Civil para el caso de la compraventa, el Código de Comercio igualmente regula el saneamiento de los vicios ocultos en razón de la función natural que cumple o la destinación prevista en el contrato, dejando igualmente al intérprete atado a la contingencia de interpretaciones subjetivas de cara a la función natural caso en el cual, en uno u otro evento podrá pedir, bien la resolución o la rebaja del precio a justa tasación. Así lo indica la norma:

“Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación...” (Artículo 934) (Negrilla fuera de texto)

Con el fin de zanjar las dificultades que el Código Civil ofrece en torno al tiempo para impetrar la acción de saneamiento, el Código de Comercio ofreció unificar las acciones redhibitorias y de rebaja del precio en un solo término, supuesto que si bien es de mucha utilidad, continúa contrastándose con la acción prevista en el artículo 870 ibídem, según la cual, por aplicación extensiva e integradora debe acompasarse con el artículo 2535 del C. Civil, por expresa remisión del artículo 822 del C. de Comercio. Al efecto el artículo 938 señala que: “La acción prevista en los artículos 934 y 937 prescribe en seis meses, contados a partir de la entrega”.

Como se puede observar, en la normativa colombiana tanto en el Código Civil como de Comercio, ante los vicios o defectos del bien, el comprador puede ejercer acciones resolutorias, de cumplimiento o de rebaja del precio, aparejadas de indemnización, las cuales encuentra dentro de las normas generales para contratos bilaterales como en especial para la compraventa, sólo que para tal efecto el accionante o perjudicado debe calificar la identidad del defecto o vicio que le permita llevar con éxito su reclamación, pues correrá el riesgo que en uno o en otro evento, ante lo vacilante de las normas, que el juzgador adopte criterios subjetivos contrarios de interpretación de cara a la conciencia jurídica que se adopte.

Capítulo II

Los tratados internacionales como fuente de derecho interno

En el mundo contemporáneo, el equilibrio jurídico internacional parte del supuesto de que los órdenes internos no son absolutos, y que así como existe un interés general en el seno de los Estados, existe también un interés general internacional, basado en el bien común universal que busca realizarse mediante los pactos o tratados que se celebran en virtud del ejercicio de la soberanía, como atributo propio de cada uno de los Estados, como bien lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico en Sentencia No. C-276/93 sobre la materia de aprobación tratados internacionales y de comercio internacional cuyo ponente fue el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

El compromiso internacional es entonces, un acto de soberanía del Estado que se vincula, es decir, se trata de la expresión de la voluntad independiente de cada Estado que pretende comprometerse como ente jurídico en el plano internacional.

En este sentido, se entiende el orden jurídico internacional como un resultado de la expresión de la voluntad de los Estados, por lo que se espera entonces que de la misma manera como en el seno de éstos debe primar el interés general sobre el interés particular, sea lógico que en el plano internacional, un tratado, que es la expresión del acuerdo de voluntades entre los Estados parte, prevalezca sobre el orden interno de cada uno de los que se han comprometido en particular, en conformidad también con el sentido de los valores jurídicos que establecen que la parte se ordena al todo; es el todo el que da estabilidad a la parte.

Sobre este tema, la justificación del principio de la fuerza obligatoria de los tratados, se han dado diversas teorías, tanto de índole jurídica como política. Algunos autores se apoyan en la voluntad de las partes contratantes (teoría alemana de la autolimitación y de la *vereinbarung*, es decir, de la voluntad colectiva de los Estados) para justificar la obligatoriedad de aplicación de la norma del tratado sobre la interna en derecho público, asimilable a lo que ocurre en el campo del derecho privado con los contratos, que una vez perfeccionados, obligan a las partes y no pueden quebrantarse de manera unilateral y otros se fundan en una regla jurídica preexistente: la regla *Pacta Sunt Servanda*.

Un Tratado internacional se da entonces, cuando dos o más Estados se ponen de acuerdo sobre un tema determinado y desean darle un valor jurídico vinculatorio. Su recepción en el ordenamiento jurídico interno depende de la Constitución de cada país y concluye después de haber sido objeto de un procedimiento complejo que comprende desde la negociación por parte del ejecutivo, el trámite de ley aprobatoria de los tratados, que es una ley que cumple con la función de darles un fundamento a los tratados internacionales que se pretenden hacer valer, la firma posterior por parte de los Estados plenipotenciarios, la ratificación en cada país signatario y el canje de ratificaciones entre ellos; porque al igual que en el derecho interno la ley, el tratado también es un acto jurídico formal, que se perfecciona mediante un procedimiento regulado por la Constitución y la ley del Estado, o por el uso.

En el caso de Colombia, el procedimiento establecido prevé que la ratificación sea dada por parte del Gobierno Nacional, en un acto soberano y discrecional del Presidente de la República como jefe del Estado y director de las relaciones internacionales, previo a la aprobación del examen de constitucionalidad. Y como bien a firma Ramelli (2007) los tratados internacionales

cobran vida en el marco jurídico colombiano, cuando son examinados por la Corte Constitucional, en la medida que el examen de constitucionalidad, determina si la nueva disposición suscrita por el ejecutivo, no es contraria a la carta magna.

El tema del control de constitucionalidad de los tratados internacionales ha sido ampliamente debatido, a través del estudio de los numerosos proyectos y diversas propuestas acerca del mismo, sin embargo en su mayoría concluyen que el examen constitucional debe ser previo, tal como se evidencia en el informe -ponencia presentado en forma conjunta por los constituyentes integrantes de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, que expresó textualmente lo siguiente, como partes fundamentales de la materia en referencia:

"Sobre este particular todos los miembros de la subcomisión estuvieron de acuerdo en que es conveniente establecer el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, de manera expresa, antes de que se proceda a ratificarlo; pero hubo discrepancias en cuanto a la etapa del proceso interno, en que dicho control debe ser ejercido, y en cuanto si este debe ser automático o solamente cuando se haga uso por cualquier ciudadano, de la acción de inexequibilidad". (subrayado de la Corte, sentencia. C-276/93)

En tal sentido, del mismo informe se desprende que el Constituyente Alfredo Vásquez Carrizosa propuso que el artículo sobre control de constitucionalidad quedara así:

“Institúyese la instancia de revisión de constitucionalidad de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales en los cuales la Nación sea parte contratante. El Presidente de la República, los miembros del Congreso Nacional, o cualquier ciudadano, podrán promover dicha instancia mediante una petición motivada ante la Corte Constitucional, una vez firmado este

instrumento internacional y antes de la ratificación del mismo. Es improcedente la instancia de revisión de constitucionalidad, una vez ratificado un instrumento internacional por el Presidente de la República. La Corte Constitucional dispone de treinta días laborables para pronunciarse sobre dicha petición, previo el concepto del Procurador General de la Nación, quien dispondrá de quince días laborables para emitir dicho concepto" (Gaceta Constitucional # 68, Tomo II, 1991, pág. 13).

La Constitución Política por su parte también deja claro la diferenciación y oportunidad de las funciones que competen a cada órgano del poder público, en su numeral 10 del artículo 241, cuando se refiere a la competencia de la Corte Constitucional para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los aprueben, como un control previo a la ratificación de los mismos y no cuando ya se ha producido la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse.

En este orden de ideas se observa que nuestra Constitución Política de 1991 ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al establecer que el control constitucional sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, es decir, previo a la ratificación de la manifestación íntegra de la voluntad de los Estado pactantes, tal como lo determina su artículo 241 numeral 10, que establece que el control debe ser previo al canje de instrumentos de ratificación o de adhesión, que es uno de los actos mediante los cuales se perfeccionan los tratados.

Y en el mismo sentido la actual Corte Constitucional mediante providencia del 22 de julio de 1993, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, ha ratificado que el control constitucional sobre los tratados internacionales y sus leyes probatorias, es exclusivamente

previo a su ratificación, excluyendo así el control por vía de acción pública de inconstitucionalidad, es decir por demanda de algún ciudadano. (CC-SP-S-276/julio 22/93)

Es claro también que una vez perfeccionado el tratado internacional se establece por definición, una conducta obligatoria para los Estados signatarios; plasmada en el principio *Pacta Sunt Servanda*, principio de seguridad, de justicia y de moral internacionales, reconocido por toda la comunidad internacional y consagrado, entre otros, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, de la cual Colombia es signataria, en el artículo 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), y desde luego, -y sobre todo-, por la Convención de Viena de 1969, más conocida como "Tratado de los Tratados", también aprobada por Colombia a través de la Ley 32 de 1985.

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados y así lo reconoció expresamente la Corte en su providencia C-276/93, cuando dice que: "después de perfeccionado el Tratado, se pierde la capacidad de su juzgamiento interno, haciendo tránsito al campo del Derecho Internacional." Lo cual podría interpretarse de alguna manera como un reflejo natural de la supranacionalidad de este tipo de convenios que comprometen a la Nación, ya que como persona de derecho público internacional ha perfeccionado su voluntad y ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que ya es ley entre las partes.

Sin embargo cabe aclarar que nuestra Constitución no reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Política, más si es suficientemente claro que los principios "Pacta Sunt Servanda" y "Buena Fe", establecen el cumplimiento de los tratados que están

reconocidos por Colombia, conforme se observa en el artículo 9 de la Carta Magna, por cuanto se trata de principios internacionales reconocidos en la Carta de Naciones Unidas y expresamente enunciados en la Resolución 2625 de 1970 de Naciones Unidas e igualmente, consagrados en los artículos 26,27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y por las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales, o entre las Organizaciones Internacionales de 1986, de las cuales Colombia es Estado Parte y por tanto los Tratados son Derecho positivo vigente y aplicable por todos los operadores jurídicos, es decir que en caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley interna prevalece el tratado porque el Estado colombiano se comprometió a cumplir dicho acuerdo internacional, con la excepción de si la ley interna es más favorable que el tratado.

Lo anterior supone entonces, que una disposición adoptada en virtud de un tratado tiene el mismo valor jurídico que una norma emanada del Congreso, por lo que, basados en que la Convención de Viena ha pasado la constitucionalidad, a efectos de esta investigación se considera factible que en el caso del incumplimiento por vicios ocultos, dado que la ley interna no ofrece un criterio de interpretación claro sino que por el contrario da lugar a inseguridad jurídica en tanto puede interpretarse por norma civil o comercial, dando esto posibilidad de ejercer una multiplicidad de acciones por parte del comprador insatisfecho, se tome el concepto de incumplimiento esencial de la Convención de Viena que ofrece un criterio objetivo y práctico para la resolución del contrato, siguiendo la tendencia integracionista del derecho uniforme, como plantean Duarte & Hurtado (2016) cuando proponen que se debe utilizar los tratados, integrándolos hacia un constitucionalismo multinivel, atendiendo que al no sólo suscribir los pactos internacionales, sino que al considerarlas normas de derecho interno, se puede lograr que

el derecho no se encuentre en constante dicotomía entre lo interno y lo internacional, sino que se complemente, de manera reformista; verbigracia, que las normas del código civil y el código de comercio, deben servir para simplificar el cumplimiento de las obligaciones, no para dejar un manto de duda, respecto al grado de los incumplimientos.

Los tratados internacionales suscritos por Colombia, han tenido una evolución visible, por el mismo cambio de constituciones y los periodos históricos globales (Molina, 2007), antes de 1991, la mayoría de los tratados suscritos se inclinaban en su mayoría por el de cooperación militar, armisticios, fronteras y de una manera inicial, el desarrollo de la declaración universal de los derechos humanos, mientras que a partir de la última parte del siglo XX y en especial, de los años noventa a hoy, los tratados se inclinan hacia las cuestiones comerciales, por lo que, como lo expone Bazán (2006), es menester que si bien la evolución de los Estados en el último siglo, ha permitido que se consoliden los tratados internacionales en materia comercial, se hace indispensable que los controles de constitucionalidad se hagan de manera previa, atendiendo a que, como en el pasado no se hizo en gran medida, o porque simplemente no se examinaba la constitucionalidad de tales tratados, ocasionando que al no saber qué normas aplicar o que al aplicarlas se diera la contradicción o, al momento de los vacíos, por desconocimiento no se aplicaban los tratados.

2.1. Las Fuentes del Derecho

La creación de las normas jurídicas es un tema que siempre ha sido objeto de consideración especial por parte de los juristas, y de allí que se han elaborado distintas teorías para describir el fenómeno de la creación del derecho, que es conocido generalmente bajo el nombre de "fuentes del derecho".

En el ordenamiento Jurídico Colombiano, se reconocen como fuentes formales de derecho: la ley, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho sustancial y procesal; estas últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como modalidades de aplicación indirecta de la ley al lado de la analogía. El artículo 230 de la Constitución, señala como fuentes a las que debe y puede recurrir el Juez en sus decisiones para el ejercicio de la actividad judicial: la Ley, Equidad, Jurisprudencia, Principios Generales del Derecho y la Doctrina, haciendo la salvedad que estos cuatro últimos, los define como criterios auxiliares de dicha labor y la Costumbre que por vía legal y jurisprudencial ostenta entidad de fuente.

Y el artículo 93 de la misma Constitución Política de 1991, por su parte cualifica los Tratados Internacionales y establece su trascendencia en el derecho colombiano, por lo que entrarían en el rango de Ley como derecho positivo, jerárquicamente prevalentes los de derechos humanos en virtud del control de convencionalidad y en unidad jurídica con los que pertenecen al Bloque de Constitucionalidad.

Por su parte el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Corte de la Haya, consagra las Fuentes de Derecho en materia de Derecho Internacional Público, señalando como

tales: Los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional, los Principios Generales del Derecho Internacional, la Jurisprudencia y la Doctrina Internacional.

El sistema jurídico colombiano actual se adscribe a una iusteoría antiformalista, la Constitución de 1991, por su parte, ha determinado que el derecho debe ser comprendido desde ese enfoque, debido a que cuenta con una naturaleza abierta, es decir, que puede ser creado por múltiples fuentes y el operador jurídico puede hacer aportaciones interesantes a partir de interpretaciones auténticas, que son aquellas que permiten que el operador jurídico “pueda optar autónomamente por combinar de manera armónica los métodos hermenéuticos exegético (Vernengo, 1977), sistemático (Piccato, 2006), histórico (Savigny, 1979) y teleológico (Castillo, Luján y Zavaleta, 2006) para afrontar la situación particular objeto de análisis” (Perilla, 2015 p. 6). Cabe aclarar que aunque estos son los principales métodos hermenéuticos, la interpretación auténtica no excluye la posibilidad de otros diferentes; ya que el antiformalismo responde a la naturaleza abierta del derecho y, por lo tanto, las posibilidades de interpretación no son restrictivas.

Por lo que “toda vez que la nueva Constitución reconoce que el derecho no se limita al contenido literal de las normas legales, sino que puede ser complementado por una multiplicidad de fuentes que no están expresamente determinadas” (Perilla 2013 p.4) y considerando que tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento interno los principios generales de derecho pueden considerarse fuente indirecta, a los efectos de esta investigación tomaremos en cuenta dos principios, que aun cuando es claro que no constituyen una fuente vinculante para creación de Derecho interno, si pueden ser tenidos como criterios auxiliares de interpretación conjuntamente con la analogía.

2.1.1. Autonomía de la voluntad como principio general del Derecho

Bonivento (2000) la autonomía de la voluntad de las partes para contratar radica en las limitaciones que impone el Estado para los contratos, en la medida que es la ley, la que en últimas decide sobre qué eventos se puede contratar y los alcances que tiene la misma sobre la legalidad de la misma o no. De allí, que esa relatividad haga que a la hora de decidir a cuál normatividad haya que acogerse, se presente la dicotomía entre la norma interna o la internacional.

En ese sentido, Wagner de Tizón (2011) se ha inclinado por sostener que por un lado la autonomía de la voluntad no tiene el mismo grado de importancia en el derecho, es decir, en el derecho patrimonial, la autonomía puede cobrar importancia, aunque la misma se vea limitada por la norma, o que los acuerdos contractuales contraríen la moral y las buenas costumbres, pero que desde el punto de vista extrapatrimonial, es el Estado quien debe determinar los límites, de allí que se observe que en los contratos, por ejemplo los de compraventa, el equilibrio mínimo no lo define las partes que suscriben el contrato, sino que lo hace cada Estado en su legislación.

Por ello, se observa en autores Fortich (2012) que el consensualismo que se presenta en los contratos en un primer momento se considera absoluta, en la medida de la libertad que tienen las personas capaces para contratar y obligarse, pero viendo desde un punto de vista a fondo, se presenta que la autonomía queda en entredicho cuando, la norma establece que se convierte en cláusulas ineficaces o qué se debe considerar como incumplimiento de los contratos.

A su vez, Gobbi & Triay (2015) parte del cuestionamiento sobre la independencia de los particulares a la hora de obligarse y hasta qué punto es autónoma la voluntad de los particulares,

referenciando la que a su modo de ver es la crisis del principio de la autonomía de la voluntad, argumentando que su deterioro afecta al contrato tanto en su formación como en los efectos jurídicos que produce y repercute de esta forma en la seguridad jurídica que ofrece el contrato a las partes intervinientes. Su trabajo de investigación estudia el principio de la autonomía privada, su contenido, su relación con el Derecho Contractual, y determina los principales factores jurídicos y sociales que lo limitan en la regulación de las obligaciones contractuales civiles.

2.1.2. Principio de Igualdad.

La igualdad busca regular de manera uniforme, situaciones similares. En derecho, desde el punto de vista de aplicación de la ley, impone que ésta sea igual para todos, es decir, que ofrezca las mismas posibilidades a todos los que se encuentran involucrados en una situación, sin que el operador jurídico pueda hacer diferencias en razón de circunstancias, cualidades o aspectos subjetivos no contenidos, confusos o ambiguos en la norma.

Es un concepto que aparece como principio positivo en la Constitución de 1991 en el artículo 13, pero que ahora a partir de la Ley 600 del 2000, en su artículo 5 y la Ley 906 del 2004, se pone de mayor relieve como principio esencial en la tramitación de juicios, imponiendo un deber para los servidores públicos, en especial el operador jurídico, de hacer efectiva la igualdad procesal, en cuanto a circunstancias, posibilidades, trámite procesal y acciones para los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal, lo cual es el fundamento de la seguridad jurídica.

En el caso que nos ocupa hacer interpretación integrativa del concepto incumplimiento esencial de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías para

reinterpretar el incumplimiento de vicios ocultos en el contrato de compraventa y remitir sus consiguientes acciones a la condición resolutoria, estaría basada en este principio, de manera tal que ante el incumplimiento por vicios ocultos en el contrato de compraventa exista una acción igual, la resolución, sin mediar el grado de incumplimiento, de daño, el conocimiento previo o la intención de buena o mala fe, para adquirir, entregar o resarcir como señala Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental.

2.1.3. La Analogía: como solución de conflicto frente a una normativa poco clara y con diversas posturas.

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la “ratio juris” o razón de ser de la norma.

La consagración positiva de la analogía halla su justificación precisamente en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.

Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación porque el operador jurídico que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley, a tono con el artículo 230 de la Constitución. Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación

no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a otra que sí lo está.

Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y es el razonamiento interpretativo que consideramos idóneo para optar en virtud del principio de igualdad, por la aplicación del concepto de incumplimiento esencial propuesto por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, como condición resolutoria del contrato en los casos de incumplimiento por vicios ocultos en el contrato de compraventa interno, para subsanar la inseguridad jurídica que propicia la multiplicidad de acciones a ejercer por parte del comprador insatisfecho en virtud de lo ambiguo de las normas aplicables según sea el criterio civil o comercial, que el operador jurídico esté considerando para basar su providencia.

2.2. Control de convencionalidad y Bloque de Constitucionalidad

La jurisprudencia colombiana al referirse a dicho control, señala que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces también quedan sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Es entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados parte de un tratado internacional o convención sobre Derechos Humanos, de efectuar no sólo control de

legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en el marco de dicha Convención.

Se deriva del ya mencionado principio de pacta sunt servanda reconocido en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establece que los pactos deben ser observados, es decir, que deben cumplirse ya sea por adecuación del derecho interno o aplicación de las normas del derecho internacional y se encuentra ligado necesariamente a la forma de interpretación de la Convención; esto de forma similar a como en el derecho interno el control de constitucionalidad es inherente a la interpretación de la Constitución.

Sus raíces en nuestro ordenamiento jurídico vienen desde el año 1994, en opiniones consultivas de la Corte, posteriormente en algunos casos contenciosos y consolidándose doctrinalmente en el año 2006, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando resaltó la obligación que tienen los jueces internos de ejercer tal control en los asuntos que sean de su competencia, para incrementar así la efectividad e influencia del Corpus Juris Interamericano en los sistemas jurídicos nacionales de la región, es decir, de las fuentes de derecho aplicables en el Sistema Interamericano, como son la Convención Americana, otros tratados en materia de derechos humanos y las interpretaciones de la propia Corte Interamericana, en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, consultiva y de supervisión, como puede inferirse del párrafo 124 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

Así las cosas, queda entendido que, el carácter obligatorio de los tratados ya perfeccionados y puestos en vigencia, para los Estados que son parte de ellos, es incuestionable a la luz de los principios del Derecho Internacional y queda ratificado cuando el artículo 9o. de la Constitución Política establece lo siguiente:

"Artículo 9o.- Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

Sin embargo, existe otro tema relativo al rango de los tratados en el ordenamiento jurídico, y es que, en virtud del control de convencionalidad los tratados internacionales suscritos por Colombia en relación con la protección de los derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna y deben ser cumplidos por el Estado y los particulares, tesis ésta, reconocida y aceptada de manera general por la jurisprudencia y para que esto no resultara contradictorio a la supremacía de la carta magna, se creó el Bloque de Constitucionalidad como unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”, según ha establecido la Corte en su Sentencia C-067/03.

Es decir, que el Bloque de Constitucionalidad es la unidad jurídica en virtud de la cual se extiende el texto de la Carta, incluyendo ciertos tratados y convenios internacionales que tienen que ver con derechos humanos, de manera que se integran a la legislación superior del Estado. Y en este sentido, el director de la Comisión Colombiana de Juristas, Gustavo Gallón Giraldo ha señalado que “es deber del legislador adaptar la normatividad interna a las previsiones contenidas en aquellas fuentes, de modo que las mismas sean interpretadas de conformidad con las disposiciones de máxima jerarquía”.

Siendo así, es posible entonces distinguir dos sentidos en el concepto de Bloque de Constitucionalidad; uno en *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han

sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103), tal como establece la jurisprudencia de la Corte antes mencionada. Y otro, en *lato sensu* conformado por aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como son las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. Lo que equivale a decir que, el Bloque de Constitucionalidad comprende entonces: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no entra en el ámbito de aplicación del control de convencionalidad ni hace parte del Bloque de Constitucionalidad, ya que su finalidad no es ni para control constitucional, ni para el reconocimiento de los derechos humanos, sino para la regulación de aspectos económicos y de liberalización comercial, es decir, que no tiene una superioridad sobre la Constitución y tampoco comparte con ella igual jerarquía, según puede inferirse de la ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero en la sentencia C- 582/99, en materia de Bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, a pesar que los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, no hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un *plus*, ni son normas a las que la Carta disponga una supralegalidad, a criterio propio en esta investigación sugerimos, que puede aplicar, una análoga interpretación de remisión a una norma contenida en un tratado como

la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías, para suplir los vacíos legales internos, que surgen del contexto civil y mercantil del contrato de compraventa en nuestro ordenamiento, en el caso de incumplimiento por vicios ocultos, apoyándonos en la opinión de la misma Comisión Colombiana de Juristas cuando reconoce en una providencia relativa a la aplicación de principios e integración normativa, que es posible remitirse a legislación supranacional en caso de vacío de la ley interna y que ese tipo de remisión, “no debe limitarse a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, sino a todos los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en la medida en que todos ellos son fuentes de derecho interno” Sentencia C-067/03.

2.3. La Convención de Viena en el ordenamiento jurídico colombiano

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como señala Martínez Cañellas (2004) “es uno de los primeros y más importantes esfuerzos de unificación del régimen jurídico por vía de convención del contrato más importante y paradigmático del comercio internacional: la compraventa de mercaderías” p.20

Se trata de un verdadero fruto desde el momento en que se ha convertido en normativa vigente en un gran número de países y, como tal, está siendo aplicada por los tribunales, dando lugar a una más que incipiente jurisprudencia, que manifiesta su vitalidad, porque es de aquellos tratados denominados por la doctrina como “tratados ley”, o tratados normativos, ya que: “tienen por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido”, según señala Oviedo (2015), citando el criterio de la clasificación propuesta por Rosseau (1966) en su tratado de Derecho Internacional Público.

En Colombia, la Convención se aprobó mediante Ley 518 de 1999. La Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad mediante sentencia C-529 de 2000 y el 10 de julio de 2001 se depositó el instrumento de adhesión. El decreto 2826 de 2001 la promulgó, y conforme a su artículo 99 entró a regir el 1º de agosto de 2002; por lo que siendo un tratado ratificado entra a ser parte del derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico.

Galán Barrera (2004) al analizar la Convención de Viena sobre mercaderías, expone que dicho tratado es uno de los mayores avances en materia comercial en los que Colombia, decidió adherirse, como quiera que simplifica las compraventas entre comerciantes y establece que el ideario de un contrato, es hacerlo subsistir siempre y cuando, sea lo máximo posible. En ese sentido, menciona que la Convención introduce del *common law*, los grados de incumplimiento para poder determinar si se acude a la resolución del contrato o bien, exigir el cumplimiento del mismo. Esto último porque para un empresario, resulta poco viable precisar si cualquier contrato incumplido, debe terminar en resolución, como lo sugiere la norma civil y la norma comercial.

Oviedo Albán (2003) establece que la Convención de Viena sobre contratos de compraventa de mercaderías, debe tenerse por encima de la misma norma mercantil, atendiendo que por disposición constitucional de 1991, los tratados se incluyen al bloque de constitucionalidad, en sentido lato, de manera que es de obligatorio cumplimiento y los jueces deben aplicarla de manera directa en sus providencias.

El artículo 26 de la Convención de Viena que fue codificado y aceptado por la unanimidad de los estados signatarios, dispone: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". De esta manera, establece la Convención el principio de la buena fe para la ejecución de los tratados, por parte de los Estados que se comprometen a través de ellos. El

deber de cumplir las obligaciones de buena fe está, además enunciado en el artículo 2o., párrafo 2o. de la Carta de la ONU.

Por su parte, el artículo 27 de la Convención de Viena dispone, lo siguiente:

"Artículo 27. - El Derecho Interno y la Observancia de los Tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". Y el artículo 46, de la misma Convención, que a su turno, establece lo siguiente:

"Artículo 46. - Disposiciones de Derecho Interno Concernientes a la Competencia para celebrar Tratados.- 1. El hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma fundamental de su derecho interno".

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, es el contexto marco de esta investigación, que propende por ocupar el concepto de incumplimiento esencial, en ella contenido, como condición resolutoria del contrato, lo cual es en nuestro criterio, una solución objetiva y práctica para los casos del incumplimiento por vicios ocultos y del cual se ha hecho análisis detallado en el primer capítulo.

Sin embargo es oportuno resaltar, que como quiera que es evidente, que la mayoría de las controversias que se originan en el contrato de compraventa se basan en la discusión de, si lo

entregado corresponde efectivamente a lo pactado, éste es, precisamente uno de los temas que mayor atención ha recibido en la Convención: la conformidad de las mercaderías, es decir, lo relacionado con las calidades o cualidades que deben tener las mercaderías entregadas por el vendedor, para que se entienda que ha cumplido en forma debida con la obligación de entrega.

Y siendo que el comprador usualmente compra para cumplir un propósito específico: consumir, usar o comercializar, pero en definitiva compra para suplir necesidades o satisfacer intereses particulares, se puede inferir de ello, que la obligación del vendedor no sólo se limita la entrega de unos bienes, sino a entregar los que satisfagan esas necesidades particulares del comprador; por lo que, al no cumplirse la expectativa del comprador por cualesquiera sean las razones, se genera a nuestro juicio un incumplimiento en la esencia de lo pactado, como es el caso de los vicios ocultos y que bien podría ser una condición de resolución, como analizaremos en el capítulo siguiente.

Capítulo III

Análisis integrativo de la resolución del contrato de compraventa a partir del concepto de incumplimiento esencial y del incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento interno

El incumplimiento por vicios ocultos en el ordenamiento interno se ha definido tradicionalmente a partir de la conducta del vendedor, sin embargo, a partir de la Convención se ha venido considerando de manera más amplia, a partir del concepto de incumplimiento esencial que establece requisitos de valoración más objetivos, referidos directamente a la conformidad de la mercancía.

Para este estudio se somete a reflexión la viabilidad de esa práctica, considerando que los contratos como construcciones jurídicas no se alejan de las prácticas económicas de intercambio o de servicios que les subyacen, y así cuando el derecho contemporáneo plantea nuevas maneras de comprensión de la posición de las partes y la tendencia convergente parece ir hacia el fortalecimiento de los derechos del acreedor insatisfecho, se expanden las acciones y remedios, especialmente, respecto de obligaciones de resultado en el caso de incumplimiento contractual. En este sentido, los límites entre los vicios ocultos de la cosa y el simple incumplimiento de las obligaciones del vendedor tiende a ser muy sutil, a partir de la Convención de Viena, que ha establecido un nuevo estándar en la materia. Barros (2010)

Duarte & Hurtado (2016) han planteado que se debe utilizar los tratados, integrándolos hacia un constitucionalismo multinivel, atendiendo que al no sólo suscribir los pactos internacionales, sino que al considerarlas normas de derecho interno, se puede lograr que el derecho no se encuentre en constante dicotomía entre lo interno y lo internacional, sino que se complemente,

de manera reformista; verbigracia, que las normas del código civil y el código de comercio, deben servir para simplificar el cumplimiento de las obligaciones, no para dejar un manto de duda, respecto al grado de los incumplimientos.

En este contexto, Quinche (2009) plantea que la integración de los tratados internacionales se da con el control de convencionalidad. En otras palabras, significa que los jueces que son los que conocen en últimas del control interno, deben acoger las sentencias de los tribunales internacionales, los tribunales de arbitramentos y demás órganos que conozcan de casos análogos, con el fin de armonizar y dinamizar el derecho interno, con el derecho de gentes.

El Contrato de Compraventa Internacional es de vital importancia para el mundo económico ya que es una de las transacciones recurrentes en el escenario internacional y su constante aplicación ha generado variaciones en diferentes niveles (internacional, regional y locales, entendidos éstos últimos como la situación jurídica propia en cada Estado), un ejemplo de ello son los términos INCOTERMS como práctica internacional y la Convención de Viena de 1980 sobre el contrato mismo y sus lineamientos internacionales.

3.1 Doctrina y Jurisprudencia sobre el incumplimiento esencial y su efecto resolutorio

“ La Convención de Viena constituye un verdadero punto de encuentro de dos grandes sistemas jurídicos: el *civil law*, concebido tradicionalmente como un derecho construido por leyes y el *common law*, ampliamente conocido por ser un derecho elaborado por la jurisprudencia” Ternera (2007 p.355) , y puede decirse que a partir de la incorporación de ella a los ordenamientos jurídicos de los países firmantes se ha abierto la posibilidad de ocupar novedades conceptuales, en virtud de la naturaleza supletiva de sus normas, como es el caso del concepto de

incumplimiento esencial que establece innovación en materia de los remedios jurídicos y sus acciones para el caso del incumplimiento por no conformidad de la mercancía.

Del tenor del artículo 25 de la Convención se observa que son dos los requisitos exigidos para calificar un incumplimiento como esencial, el primero que el daño sea esencial y el segundo que haya sido previsible, ya sea porque el vendedor lo conocía o porque lo podía prever.

En el mismo sentido, se puede inferir de la opinión de Perales (2001), como antes lo resalté, que la no conformidad de la mercancía es el aspecto quizás más relevante para configurar el incumplimiento esencial, y éste, se refiere a circunstancias muy objetivas como son la cantidad, calidad, tipo, envase o embalaje, entre otras, que son las eventualidades en las que generalmente se observan discrepancias en las compraventas internacionales; lo que es un hecho frecuente en la compraventa de mercadería internacional, como lo confirma la opinión de la Secretaria actual de la Convención que le atribuye el hecho a que “las partes en muchos casos realizan descripciones generales o no proporcionan la suficiente información porque confían en la pericia del vendedor” configurando así la no conformidad de la mercancía que establece el incumplimiento esencial y posibilita al comprador acudir al amplio espectro de acciones que se establecen en la Convención, para restablecer el desequilibrio, como por ejemplo, optar por la resolución del contrato o la reducción del precio.

La Convención también es clara al respecto cuando vuelve a establecer en sus propias reglas dispositivas (art.35.2), que aun cuando nada se haya pactado, el comprador tiene derecho a recibir mercaderías que correspondan a unas determinadas calidades o que estén embaladas en una forma que sea suficiente para su protección y para ello establece que las mercancías han de ser aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; siendo esta

la regla que generalmente se aplicará ya que rara vez las partes habrán dado especificaciones acerca de un particular uso.

De igual manera se considerara para la valoración de la conformidad cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato y que las especificaciones contratadas coincidan con la muestra o modelo que el vendedor presentó al comprador, y por último, que estén envasadas o embaladas en la forma habitual (es decir, de conformidad con los usos del sector en cuestión) o, en su defecto, en una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

El vendedor es responsable entonces por la falta de conformidad de las mercancías que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo se manifiesta después de ese momento. Y en este sentido, el remedio jurídico que se propone en la Convención, en virtud de que ocasiona un daño esencial, es la resolución del contrato, con la particularidad adicional de separarse de lo judicial, ya que ésta puede ser declarada en forma unilateral por el comprador ante el incumplimiento del vendedor, es decir, que no necesita invocar condición o cláusula resolutoria tácita o expresa y además de manera extrajudicial.

En este sentido, la jurisprudencia de la Convención es clara en la aplicación de las reglas dispositivas (art.35.2) respecto a las condiciones para determinar el incumplimiento esencial a partir de la falta de conformidad de la mercancía, tal como se observa en el CLOUT caso n° 138 Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos, donde se concluye que los compresores de aire acondicionado entregados por el vendedor no eran conformes al contrato, y que la falta de conformidad constituyó incumplimiento esencial: “El acuerdo entre Delchi y Rotorex se basó en un compresor de muestra suministrado por Rotorex y en especificaciones

escritas relativas a la capacidad de enfriamiento y al consumo de energía... El presidente de Rotorex... admitió en carta a Delchi que los compresores suministrados eran menos eficientes que la muestra...”).

Igualmente puede observarse del fallo de un Tribunal finlandés que determinó que un vendedor infringió el citado apartado b) del art.35.2 al entregar productos para el cuidado de la piel que no mantenían los niveles específicos de vitamina A durante el tiempo marcado como válidos para el consumo. El tribunal estimó que el comprador pretendía adquirir productos con niveles específicos de Vitamina A, por lo que “la finalidad especial era conocida por el (vendedor) con suficiente claridad”, y que “el comprador contaba con la pericia del vendedor, por lo que se causó un incumplimiento esencial.

La doctrina contemporánea encabezada por Vidal Olivares (2009), Mejías Alonzo (2016), Peñailillo Arévalo (2012), entre otros, también coincide que como requisito para la procedencia de la resolución del contrato, el incumplimiento de las prestaciones debe ser esencial, con lo que, es bastante claro que no es posible entender hoy, que cualquier incumplimiento es apto para la procedencia de la acción resolutoria.

Como ante lo mencioné, Rengifo (2017), menciona que no cualquier clase de incumplimiento constituye motivo para resolver un contrato; se requiere que sea esencial, es decir, que recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias y que afecte sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor y esto se puede observar en la jurisprudencia CLOUT, caso n.º 79 Oberlandesgericht Frankfurt a. M, Alemania, que si bien reconoce que las mercaderías (zapatos) no eran conformes a la muestra facilitada por el vendedor, concluye que la falta de conformidad no constituye incumplimiento esencial.

También es coincidente la doctrina y la jurisprudencia que “con la medida resolutoria, antes que reparar un perjuicio, se pretende eliminar el desequilibrio producido por el incumplimiento del deudor borrando todos los efectos del contrato” Terner (2007) (p.361) y, en este sentido se entiende que si la Convención contempla los supuestos en los que es posible declarar la resolución del contrato de manera somera y taxativa, de conformidad con el art. 26 la resolución del contrato se efectúa “...mediante una declaración que se comunica a la otra parte...”, no sea necesario acudir a un juez o a tribunal alguno para que realice tal declaración, obedeciendo a un criterio pragmático, congruente con las necesidades del comercio internacional, en la medida en que se deja a la capacidad y autonomía de las partes, la posibilidad de enmendar sus problemas, toda vez que el propósito es promover, en defecto de la continuidad del contrato, las soluciones ágiles que contribuyan a la resolución expedita y satisfactoria de las controversias, lo que podría ser una de las libertades que la Convención otorga a los contratantes, tal como comenta Gutiérrez (2000).

Se observa así, que el mayor alcance que se produce a partir de la Convención de Viena en el escenario de la compra venta internacional es la posibilidad de resolver el contrato, en virtud de la no conformidad de la mercancía, lo cual equivale a un incumplimiento esencial y que este criterio viene siendo acogido parcialmente por varios ordenamientos, con respectivas salvedades de forma, en las cuales se evidencian tendencias a favor de la resolución unilateral y extrajudicial y otras posturas conservando la declaratoria judicial.

En este sentido opina, Hinestrosa (2008) que es clara la presencia de dos tendencias: una que puede considerarse clásica, con arreglo a la cual, ‘el contrato se resuelve –por decisión judicial– con efecto ex tunc y de ese modo se desvanece como si jamás hubiera existido’ y otra doctrina,

admite la resolución por simple declaración de parte del acreedor, que abre una nueva fase post-contractual en la que las partes desatan los vínculos contractuales de conformidad con el contrato celebrado.

Esta última ha venido ganando adhesión, precisamente por su flexibilidad y se apoya en el Proyecto Gandolfi o “Código Europeo de los contratos” que en su artículo 114.1 señala: Si se produce un incumplimiento esencial o grave, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto.

Al revisar el derecho comparado, encontramos que López Díaz (2010) ha planteado en su investigación que en los contratos se presenta el desequilibrio contractual cuando se presentan los vacíos normativos que no determinan el grado incumplimiento, para que opere la resolución del contrato, haciendo que por interpretación subjetiva de las partes, se terminen pactando cláusulas abusivas, que lo que en últimas provocan es que se presenten nulidades, lo cual promueve que se persiga una legislación útil que pueda resolver esta problemática, como la propuesta por la Convención.

Es allí entonces cuando Forero & Del Valle (2003) han traído como propuesta en su investigación que para evitar las suspicacias en los contratos de compraventa, que pueda terminar derivando en cláusulas abusivas, se debe colocar de manera expresa en los contratos las normas específicas del código civil o del código de comercio, sino que de una vez, se acuda a colocar las normas que deriven de los tratados suscritos por Colombia. De esa manera, se reduce el margen de desequilibrio en el contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, Arango Grajales (2016) sostiene que dichas cláusulas abusivas que deriven de una interpretación de ambigüedades, deben acogerse a las normas internacionales, las mismas no deben confundirse con las que afectan a los consumidores, como quiera, que en el derecho público existe múltiples mecanismos para defender derechos violados, sin que se tenga que recurrir al bloque de constitucionalidad, en materia de tratados comerciales.

Bajo ese contexto, es preciso decir que Moreno Suárez (2002) ha presentado de manera general en su investigación, las obligaciones que derivan del contrato de compraventa de mercadería. Esto es, entrega de la mercancía, transmisión de la propiedad y entrega de la documentación que protocolice el traspaso de la propiedad. Lo anterior implica que atendiendo la Convención de Viena, el cumplimiento de la obligación siempre debe subsistir, aún mencione lo contrario las normas internas.

Ahora bien, Ossa Echevarría (sin año) ha planteado una dicotomía que la Convención de Viena deja respecto del incumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor. En cierta manera refleja que no está contemplada dicha posibilidad y se deja esa potestad al derecho común, mientras que, en el caso del incumplimiento por parte del comprador, si establece supuestos al momento de no cumplir, en especial con el pago de la cosa, atendiendo que se protege el derecho de crédito.

Sin embargo, Vidal Olivares (2006) sostiene que sí se encuentran previstos los supuestos, en los que la Convención de Viena resuelve el incumplimiento por parte del vendedor. Sobre ellos menciona el autor en su investigación que para dar respuesta a este incumplimiento se puede resolver el contrato (por el Convenio o el derecho común) o la sustitución de la mercancía, haciendo que exista un equilibrio entre las partes.

En ese estado de las cosas, Oviedo Albán (2010) ha propuesto que el equilibrio se da cuando se piensa que el vendedor y comprador son deudores-acreedores de manera recíproca, en el entendido que, cualquier incumplimiento debe significar que la parte que incumpla debe restituir a la otra, sin perjuicio de las responsabilidades e indemnizaciones a las que haya a lugar, manteniendo así la igualdad entre las partes.

Dentro del incumplimiento por parte del comprador, Oviedo Albán (2014) ha planteado que los instrumentos modernos de derecho de contratos, a partir de la obligación de conformidad radicada en la persona del vendedor, le atribuyen responsabilidad contractual en caso de no satisfacción del interés del comprador referido a la obtención de la utilidad esperada, cuando se verifique una situación de falta de conformidad. Dicha concepción se ha construido a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y ha tenido acogida no solo doctrinal sino también, como se puede advertir, al ser trasladada a los instrumentos internacionales que han aparecido en los últimos años, e igualmente a las legislaciones nacionales que han optado por introducir la figura de la falta de conformidad en sustitución del régimen de vicios ocultos, por lo que puede vaticinarse que marcará la forma como en el inmediato futuro se asumirá el tema relativo a los defectos de la cosa de manera uniforme.

Pizarro Wilson (2008) quien plantea que frente al incumplimiento contractual el sistema jurídico provee al acreedor de distintas acciones destinadas a satisfacer su interés defraudado. Se constata por la doctrina una dispersión de los remedios ante el incumplimiento contractual. Existen remedios generales y especiales. Entre los primeros destacan la ejecución forzosa o cumplimiento en naturaleza, la resolución del contrato o la indemnización de los perjuicios. Las

acciones especiales pueden derivar de la voluntad de las partes, así ocurre con la resolución unilateral del contrato o pueden estar establecidas en la ley, siendo un ejemplo la acción por vicios ocultos o redhibitorios.

En ese orden de ideas, Guzmán Brito (2007) sostiene que la cosa vendida y comprada puede presentar vicios, vale decir, defectos o excesos estructurales o funcionales que la hacen inútil o imperfectamente útil para su uso natural, como es el caso de cierta enfermedad en un animal. Supongamos, como hipótesis metodológica, que el código nada hubiera estatuido sobre acciones propias fundadas en tales vicios. En tal supuesto, si los vicios preexistieron al contrato, su presencia posterior en principio igualmente constituye, con todo, un incumplimiento de su parte. Por consiguiente, serían aplicables a éste las reglas comunes sobre incumplimiento de las obligaciones.

Por ese motivo, De la Maza (2015) ha planteado en su investigación que, aun si la conformidad se vincula únicamente con la cosa cuya entrega se debe, todavía resulta necesario precisar a qué aspectos de la cosa se refiere y, en este sentido, existen varias posibilidades. La primera es que únicamente se refiera a la adecuación material de la cosa al contrato. Esta, según se verá, parece ser la opción. En segundo lugar, es posible que se sumen otros requisitos relacionados con la materialidad de la cosa.

Retomando lo anterior, De la Maza y otros (2014) proponen que más allá de la calificación de la pretensión indemnizatoria del demandante, que el Tribunal ha fundado en el incumplimiento del contrato, convendría advertir lo siguiente. Aun en el caso de que la acción indemnizatoria ejercitada fuera la de daños regulada en el Código civil dentro del saneamiento por vicios ocultos, aplicable en los casos de dolo o culpa grave (artículo 1861 del Código civil), la actual

interpretación jurisprudencial prevalente, haría inadecuado, en este caso, acoger la excepción de prescripción. Como es sabido, durante cierto tiempo la Corte Suprema aplicaba a dicha acción los plazos limitados de las acciones de saneamiento. Pero, a partir de la sentencia del año 2011 cambió su doctrina en el sentido siguiente: la acción indemnizatoria que, en caso de dolo o culpa grave del vendedor, puede el comprador utilizar no queda sujeta al plazo limitado de prescripción de las acciones edilicias, sino que se le aplica el plazo general de las acciones que no tienen uno especial señalado.

Todo lo anterior se orienta, en palabras de Cadena Afanador (2007) quien menciona que en algunos casos estos usos y costumbres pueden ser tomados como fuente principal de obligaciones, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, tal como lo establece la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, en la cual en su artículo 9 expresa "las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 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".

Además, como lo menciona Oviedo Albán (2014), la obligación de entrega no se reduce a un mero acto material, pues así el código no lo señale de forma expresa, debe entenderse que sobre el vendedor pesa una obligación de conformidad, de modo que quedará libre cuando la cosa entregada satisfaga las condiciones de cantidad, calidad y tipo pactadas en el contrato.

Por otro lado, si se tiene en cuenta que Mantilla & Ternera (2005) proponen que un contrato se puede resolver cuando una de las partes incumple su obligación; lo cual implicaría, en principio, que el objeto de la obligación incumplida sí hubiera existido en el momento de la formación de la convención, pero que, en el período de ejecución, se hubiera dejado insatisfecho a su acreedor, debido al incumplimiento. En este orden de ideas, y expresándolo en términos muy simples, podemos afirmar que la nulidad por falta de objeto –y por falta de causa– implica una insatisfacción del acreedor, que se manifiesta desde el período de formación del contrato; mientras que la resolución operaría por una insatisfacción del acreedor, que se presenta en el período de ejecución.

En ese mismo sentido, Cuba Abarca (2015) sugiere que las obligaciones permitirían dejar sin efecto el contrato (resolución por incumplimiento); el incumplimiento recíproco impediría a ambos contratantes exigir el cumplimiento a la otra (excepción de incumplimiento contractual), y el perecimiento de la especie o cuerpo cierto obliga a preguntarse si la obligación correlativa debe o no cumplirse (teoría de los riesgos). Y, en esta última situación, también cabe explorar la situación de una imposibilidad sobrevenida no constitutiva de un perecimiento de una especie o cuerpo cierto (por ejemplo, un caso fortuito) y su relación con la obligación recíproca: si se extingue, o no.

También es pertinente agregar que Ramírez Márquez (2012) en su investigación explica que a partir de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías se ha obtenido un mayor desarrollo internacional en lo que a comercio se refiere; sin embargo, todos los ordenamientos legales son perfectibles y la Convención no es la excepción. Un aspecto a ser perfeccionado es lo que se refiere a la asunción de la posesión de las mercancías por parte del

comprador a nombre del vendedor, con la finalidad de poder ejercer el derecho de rechazo de las mercancías por falta de conformidad en estas y debido a la libertad legislativa y la falta de uniformidad en el derecho administrativo de los países, cuando el vendedor envíe mercancías diferentes a las solicitadas por el comprador, el comprador ante la obligación dispuesta en la Convención, de poseer la mercancía para poder rechazarla, podría incurrir en violaciones a disposiciones aduaneras lo que le generaría un daño civil y penal que pareciera no estar contemplado en la Convención y en caso de estar contemplado la indemnización no podría superar el valor de la mercancía, lo cual generaría una total inequidad legal entre el comprador y el vendedor.

Finalmente y como suele afirmarlo la mayoría de la doctrina, Mejías Alonzo (2014) también opina que la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor que encuentra su fundamento en el principio de ejecución simultánea de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, que le permite, no obstante haber incumplido con su obligación, suspender el cumplimiento mientras el acreedor no cumpla o se allane a hacerlo.

Conforme a lo anterior también creemos que la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor, una excepción de derecho sustantivo; descartamos que se trate de un requisito de la acción de cumplimiento y por ello la presente investigación nos permitirá establecer hasta qué punto es plausible proponer que, el usar las acciones propuestas en la Convención de Viena, en virtud del concepto de incumplimiento esencial, resulte ser más viable, concreta y segura, que las que se establecen en la norma civil y comercial colombiana.

A tales efectos analizamos el concepto a luz de la siguiente providencia:

(STS España 18.11.2013): Resolución del contrato por incumplimiento esencial. Directrices acerca de la diferenciación de su régimen aflictivo.

La categoría del incumplimiento esencial responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo en la medida en que su interpretación, en el marco de la relación contractual, no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales.

En este sentido, mientras que los “incumplimientos prestacionales” quedan residenciados en el plano de los incumplimientos de los deberes contractuales y su ponderación se cifra en la falta de ejecución, el “incumplimiento esencial” se centra primordialmente en la coordenada satisfactiva del cumplimiento, y no tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino en la perspectiva de satisfacción del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato, lo cual resulta asimilable a la no conformidad material de la cosa pactada, que en esencia sería lo que constituye un vicio oculto.

La valoración del alcance como condición resolutoria del incumplimiento en cuestión, también opera en planos diferenciables, de manera que los tradicionales conceptos de “gravedad” requeridos en el caso de los vicios ocultos y el de “esencialidad” no resultan asimilables, en el marco de la interpretación de la relación contractual, más si en cuanto a la expectativa de satisfacción material del comprador.

De igual manera, mientras que el incumplimiento prestacional que sería en este caso el asimilable a los vicios ocultos, queda enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, a cuya falta de ejecución en grado de gravedad comporta un alcance propiamente

resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas, el incumplimiento esencial, puede alcanzar su ponderación de condición resolutoria, respecto al conjunto de prestaciones contractuales incumplidas, sin distinción, de grado de daño, intención, carácter accesorio o meramente complementario, si se infiere que la conformidad material de la cosa pactada fue determinante para la celebración o fin del contrato celebrado.

El régimen del incumplimiento esencial, como incumplimiento resolutorio, no queda condicionado por el principio de reciprocidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no forman parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario.

Por último, la determinación de la esencialidad del incumplimiento es importante porque de su existencia depende la aplicación de las normas sobre la resolución del contrato; si el incumplimiento se califica de no esencial el comprador insatisfecho podrá ejercitar la acción de daños y perjuicios, artículo 74, la de reducción del precio, si el incumplimiento consiste en la falta de conformidad material o funcional de las mercaderías, artículo 50 en relación con el artículo 45, o la de reparación de las mercaderías entregadas, artículo 46.3, así como, en su caso, la acción de cumplimiento específico.

Solamente en el caso de que el incumplimiento sea esencial podrá el comprador insatisfecho ejercitar la acción de sustitución de las mercaderías, artículo 46.2, o bien resolver el contrato por una parte mediante una simple declaración unilateral (artículos 49, 51.2, 64, 72 y 73).

3.2 Doctrina y jurisprudencia sobre el incumplimiento y sus remedios jurídicos en el ordenamiento colombiano.

En la normativa colombiana tanto en el Código Civil como de Comercio, ante los vicios o defectos del bien, el comprador puede ejercer acciones resolutorias, de cumplimiento o de rebaja del precio, aparejadas de indemnización, las cuales encuentra dentro de las normas generales para contratos bilaterales como en especiales para la compraventa, sólo que para tal efecto el accionante o perjudicado debe calificar la identidad del defecto o vicio que le permita llevar con éxito su reclamación, pues correrá el riesgo que en uno o en otro evento, ante lo vacilante de las normas, que el juzgador adopte criterios contrarios de interpretación de cara a la conciencia jurídica que se adopte.

En el capítulo especial de la compraventa en el Código Civil colombiano, refiere a la posibilidad que tiene el comprador para resolver el contrato, cuando el bien presente defectos que hagan la cosa impropia para su natural destinación o funcione imperfectamente y si el defecto es menor, procede la rebaja del precio, permitiéndose igualmente como lo señala el artículo 1546 una interpretación con alto grado de subjetividad tanto para los sujetos contractuales como para el juzgador.

Como regulación general para contratos, el Código Civil dispone de la condición resolutoria o de cumplimiento en caso de que uno de los contratantes no cumpla con las obligaciones. En particular, el artículo 1546 permite su utilización por el comprador en procura de satisfacer sus derechos, pero nótese que la misma no hace mención a la identidad del incumplimiento contractual, bien sea grave o leve y tampoco habla del término para impetrar la acción. Al respecto la norma señala:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”
(negrilla fuera de texto)

Al respecto los artículos 1914 – 1916 regulan todos los aspectos referidos a la acción redhibitoria en relación a su concepto, alcance y término de prescripción. Así las cosas, ha establecido que : “Se llama redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados vicios redhibitorios”.

Por su parte el artículo 1915 prevé que los vicios redhibitorios deben reunir por lo menos las siguientes condiciones:

- 1) Haber existido al tiempo de la venta;
- 2) **Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;....”** (Negrilla fuera de texto)

El artículo 870 del Código de Comercio colombiano, establece dos posibilidades a favor del acreedor que se ha visto perjudicado por el incumplimiento de la contraparte. En términos parecidos al artículo 1546 del C. Civil, dispone de la condición resolutoria general de los

contratos en la que el contratante cumplido puede solicitar el cumplimiento o la resolución y siguiendo su misma esencia, tampoco califica la identidad del incumplimiento.

En efecto, le asiste el derecho de obligar al deudor a que cumpla o de pedir la resolución o terminación del contrato, incluida en ambos casos, la correspondiente indemnización por perjuicios, según menciona la norma:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, **podrá la otra pedir su resolución o terminación**, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios “. (Art. 870 C de Co.) (Resaltado propio).

Se ahonda en el problema con el término de prescripción fijado de manera especial para los casos de saneamiento dependiendo de la acción que se interponga, bien la resolución o la rebaja del precio, que tratan los artículos 1923 y siguientes:

Por ejemplo en los términos del artículo 1923: “**La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles** y un año respecto de los bienes raíces...” Mientras que **la acción para solicitar rebaja de precio prescribe en un año para los bienes muebles** y en diez y ocho meses para los raíces (Artículos 1925 y 1926) (Resaltado propio).

Aunque con una variable a la advertida en el Código Civil para el caso de la compraventa, el Código de Comercio igualmente regula el saneamiento de los vicios ocultos en razón de la función natural que cumple o la destinación prevista en el contrato, dejando igualmente al intérprete atado a la contingencia de interpretaciones subjetivas de cara a la función natural caso

en el cual, en uno u otro evento podrá pedir, bien la resolución o la rebaja del precio a justa tasación. Así lo indica la norma:

“Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación...” (Artículo 934) (Negrilla fuera de texto)

Con el fin de zanjar las dificultades que el Código Civil ofrece en torno al tiempo para impetrar la acción de saneamiento, el Código de Comercio ofreció unificar las acciones redhibitorias y de rebaja del precio en un solo término, supuesto que si bien es de mucha utilidad, continúa contrastándose con la acción prevista en el artículo 870 ibídem, según la cual, por aplicación extensiva e integradora debe acompañarse con el artículo 2535 del C. Civil, por expresa remisión del artículo 822 del C. de Comercio. Al efecto el artículo 938 señala que: “La acción prevista en los artículos 934 y 937 prescribe en seis meses, contados a partir de la entrega”. (Resaltado propio).

Uno de los temas de controversia respecto de la resolución del contrato en virtud del incumplimiento es si la misma requiere ser declarada judicialmente o podría darse de manera extrajudicial y unilateralmente por la parte insatisfecha. En opinión de Rengifo (2009) la tendencia actual, es a la desjudicialización de la resolución del contrato, sin embargo conviene mirar si ello constituye una versión economicista del contrato, que afectaría la concepción romano germánica del mismo, o si por el contrario, implica una postura obvia dada la crisis operativa de los sistemas judiciales para hacer más ágil la solución de los conflictos.

Observando también el tenor del artículo 1546 del Código Civil, que refiere la condición resolutoria tácita, podría inferirse que ésta requiere inexorablemente la sentencia del juez que declare disuelto el vínculo contractual y que cuando la misma es expresa cabría entonces la resolución privada, lo cual se puede confirmar con la postura de la Corte Suprema que sostiene “La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial (Rengifo 2009) (p. 16).

Se recoge también de interpretar el artículo 1602, no como la necesidad ante el incumplimiento de forzar al deudor a ejecutar su obligación, sino que abre para el acreedor diversos remedios que puedan satisfacer su interés, que entre esos cabría la resolución unilateral del contrato.

En favor de la aceptación de la resolución unilateral por incumplimiento, es conveniente mencionar que el mismo legislador la ha reconocido en ciertos eventos, como es el caso del contrato de seguro, en el cual según el artículo 1068 del C. Co prevé la terminación automática del vínculo cuando exista mora en el pago de la prima de la póliza; también respecto al contrato de suministro, se prevé en el artículo 973 ibídem que como consecuencia del incumplimiento del contrato, la parte cumplidora tenga el derecho de dar por terminado el negocio anticipadamente cuando el incumplimiento es de tal relevancia que pueda mermar la confianza de aquella hacia el recibo de suministros sucesivos. Sin embargo, es necesario aclarar que terminación y resolución aun cuando son asimilables en el sentido del resultado, es decir, porque ambas ponen fin al contrato, son remedios jurídicos distintos y como tal sus efectos.

A pesar de la tendencia a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen

firmer en la necesidad de la intervención judicial” considerando que permitirle sería como hacer la justicia por mano propia desconociendo la fuerza normativa y obligatoria del contrato”

Rengifo (2009) (p. 27).

Otros ordenamientos, sin embargo, admiten la posibilidad de la resolución unilateral y extrajudicial, por cuanto consideran que esa exigencia genera una carga más gravosa para el acreedor incumplido que se ve en la necesidad de iniciar un proceso judicial, con todo lo que esto implica, para liberarse definitivamente del vínculo jurídico con su deudor. En palabras de Sanabria (2007) es una “Situación que de hecho, hace del ejercicio de la institución de la resolución de los contratos algo complejo y poco eficiente.” (p.158)

En opinión de esta investigación, no se hace justicia por mano propia con la resolución unilateral, siempre y cuando esa decisión pueda ser revisada por los jueces, como es el caso cuando se revoca unilateralmente un contrato de mandato o se resuelve unilateralmente un contrato de seguro por el no pago de la prima.

En opinión de Navia (2007) “...aunque no haya una norma que expresamente señale que la resolución de los contratos deba ser declarada por un juez, toda la normatividad civil, referida a los asuntos contractuales, da por sentado la obligación del acreedor de demandar a su deudor en los estrados judiciales para que sea un juez el que declare la terminación de la relación” (p.20)

El concepto de incumplimiento esencial o simple por falta de conformidad de las mercaderías compradas, es un supuesto innovador que permite al comprador mayor seguridad jurídica para restablecer el equilibrio al permitirle ejercitar la acción resolutoria, de rebaja del precio o sustitución de la mercadería, sin depender de la determinación del grado de afectación del

incumplimiento, lo que podría adoptarse de manera recurrente en el ordenamiento interno colombiano ante la inconsistencia de la pluralidad de soluciones que ahora se tiene para casos similares, considerando que ya lo han hecho en ocasiones algunos altos Tribunales entre ellos la H. Corte Suprema de Colombia, como exponemos en el siguiente punto de esta investigación.

3.3. Diversas posturas de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en casos de no conformidad de las mercancías en contratos de compraventa.

En los casos más recientes, la H. Corte Suprema de Justicia (Septiembre 11 de 1991) M.P. Dr. Alberto Ospina Botero, en torno a un asunto que conoció en sede de casación en donde se discutió sobre el defecto de funcionamiento de un horno adquirido por la compradora ante lo cual el demandante ejerció la acción resolutoria del contrato con el argumento de que no se entregó lo comprado. La parte vendedora invocó a manera de excepción que se encontraba prescrita la acción redhibitoria. En este caso la Corte accedió a la resolución considerando que se presentó un vicio grave capaz de resolver el contrato.

En otra ocasión la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 14 de enero de 2005, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla, en el caso de un comprador que reclamó por los vicios que presentaba una máquina empacadora de bolsas de harina, petición según la cual el aparato no empacaba las bolsas prometidas por el vendedor. En este caso la Corte negó las pretensiones con el argumento de que había prescrito la acción redhibitoria para lo cual tuvo en consideración que no se había presentado un vicio grave capaz de resolver el contrato que se había impetrado por la vía general de la resolución.

En ambos casos, la Corte distinguió dos tipos de defectos: i) defectos que hacían las cosas impropias para el uso que fue adquirido el bien, al punto que las consideraba inútiles por un defecto grave, condiciones en las que era posible iniciar la acción resolutoria por incumplimiento y ii) defectos menos graves, calificados como vicios redhibitorios posibilitando impetrar las acciones edilicias en las cuales se podía pedir la resolución o la rebaja del precio, solo que dentro de los términos cortos que las normas traen para incoarlas.

En esta ocasión la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación del 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, toma en consideración la importancia del derecho uniforme cuando dice “el porteador se libera de la responsabilidad presumida en su contra, cuando demuestra “la presencia de una causa extraña” que le haya impedido ejecutar la obligación a su cargo o que haya determinado el cumplimiento defectuoso o tardío de la misma, “siempre que haya adoptado ‘(...) *todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación (...)*’, por donde se viene la razonabilidad de la conducta como elemento de importancia suprema en el análisis, junto al de la causa extraña, que se refiere, huelga decirlo, a la ocurrencia de hechos que no nacen del comportamiento del acarreador, sino de terceros o de la naturaleza misma”. (p.6)

Se puede observar entonces, que el supuesto de hecho de las acciones de incumplimiento, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia, no puede resolverse atendiendo un criterio subjetivo de interpretar los eventos de mayor o menor grado de afectación, sino que ello debe hacerse con base en parámetros objetivos y precisos, tales como el incumplimiento “esencial” o “simple” que propone la Convención de Naciones Unidas para la compraventa internacional de Mercaderías, como criterio para integrar las normas internas tendientes a llenar los vacíos e inconsistencias

relacionados con aspectos atinentes al saneamiento de los vicios que ofrece el bien objeto en la compraventa y no a restablecer el equilibrio producido por la no conformidad de la cosa, tomando en cuenta que dicha Convención trae un sistema unitario o unificado de remedios ante la presencia de vicios o defectos por no conformidad material, de los cuales puede hacer uso el acreedor (comprador).

“Notable es, por consiguiente, que en la actualidad el tráfico mercantil se desarrolla en un escenario que supera las fronteras; es, si se quiere, universal, a diferencia de lo que acontecía antaño, cuando su ámbito propio era el de un territorio o de un país y, excepcionalmente, el escenario era transnacional”. (negrilla fuera de texto).

Y en tal sentido, se puede entrever la acogida a la racionalidad u objetividad en la interpretación de conceptos de derecho, como el de incumplimiento esencial que establece la Convención de Viena, que implica directamente la satisfacción del comprador respecto a lo pactado, cuando en sus consideraciones finales emite lo siguiente: “no existe mayor dificultad en aceptar que en las obligaciones de resultado, el contenido de la obligación y, por ende, lo que conduce a la satisfacción del interés del acreedor, se concreta en un logro específico, en la obtención de la finalidad prevista”.

Capítulo IV

Conclusiones

¿Por qué el incumplimiento por vicios ocultos en los contratos de compraventa tanto civil como comercial debe considerarse esencial como el establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y producir la resolución del contrato?

En el entendido que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran establecidas dos teorías de contrato con sus respectivas reglamentaciones provenientes del Código Civil y del Código de Comercio, la Convención de Viena como compilación de derecho positivo ofrece una interesante alternativa en el caso de los remedios jurídicos del contrato.

De este estudio ha quedado evidenciado el riesgo contractual e incertidumbre que representa la interpretación de las normas civiles y comerciales en los casos de incumplimiento por vicios ocultos, lo cual resulta en una plena inseguridad jurídica, en tanto que dependiendo del grado que determine y el criterio interpretativo que utilice el operador jurídico, da lugar a un abanico de acciones de saneamiento que pueden ser ejercidas por el comprador insatisfecho en materia de contratos de compraventa, de manera tal que, si se quiere evitar los riesgos que esta situación implica, correspondería a las partes tomar previamente las medidas necesarias en los contratos mismos, definiendo de manera precisa las propiedades físicas, funcionales y sustanciales de la cosa contractual en cada contrato; pero sabemos que la elaboración de contratos con ese nivel de detalle en sus características y la previsión del mayor número de situaciones posible, no siempre resulta viable.

Puede concluirse entonces, que lo ideal es que al menos en materia de derecho comercial, exista la posibilidad de aplicar en base a una interpretación integradora una norma que pueda ir en armonía con los tratados internacionales y con la costumbre mercantil, vigente hoy en día en el mundo empresarial, tal como podría ser el caso de la normativa establecida por la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, ya que considerándola como factible fuente de derecho interno, en virtud de su ratificación, se supera la dicotomía entre lo interno y lo internacional, y permite complementar en función integrativa del principio de igualdad, el concepto de incumplimiento esencial como condición resolutoria en los casos de vicios ocultos; verbigracia, que las normas del código civil y el código de comercio, deben servir para simplificar el cumplimiento de las obligaciones y no para dejar un manto de dudas, respecto al grado de los incumplimientos y generar un abanico de acciones al comprador insatisfecho con sus respectivos procedimientos y oportunos lapsos de ejercicio.

Es menester entonces que jurisprudencialmente se adopten criterios de integración jurídica que aporten solución para delimitar en forma más precisa el campo de aplicación de las diferentes acciones que tiene el comprador en ocasión al incumplimiento por vicios ocultos y de esta manera se ponga fin al grave problema de inseguridad jurídica que se presenta en relación al contrato de compra venta en nuestro ordenamiento jurídico.

Una solución simple sería que el operador jurídico reinterprete en sus decisiones el criterio de vicios ocultos como un incumplimiento esencial, y que independientemente de que los problemas de funcionamiento del bien se deban a vicios preexistentes o sean una consecuencia del incumplimiento de la obligación de entrega, produzca la resolución del contrato, como se aplica en contratos de compraventa internacional según la Convención de Viena sobre contratos

de compraventa internacional de mercaderías, para zanjar la discusión en la relevancia que pueda tener la norma civil o comercial en los contratos de compraventa interna y las acciones que de allí se derivan.

Aplicar el concepto de incumplimiento esencial de la Convención de Viena en los casos de incumplimiento por vicios ocultos en el contexto interno, permitiría la resolución del contrato sea cual fuese el grado de incumplimiento, solo por la no conformidad de la mercadería, lo cual redundaría en mayor estabilidad jurídica tanto de fondo como de forma, lo cual es el interés de esta investigación.

Es así como, respetando la naturaleza supletiva que tienen las normas establecidas en la Convención de Viena por el contexto internacional para la cual se promulgaron, pero reconociendo que es fuente de derecho convencional positivo, esta investigación quiere resaltar la oportunidad jurídica que ofrece el concepto de incumplimiento esencial de la Convención al ordenamiento jurídico colombiano, en el sentido de unificar los remedios jurídicos de los que actualmente dispone el comprador insatisfecho, acogiendo la resolución del contrato para los casos de incumplimiento por vicios ocultos.

Referencias Bibliográficas

Aguad Deik, A.; Pizarro Wilson, C. (2006). Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (7) 263-268. Recuperado de <http://sociales.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866010>.

Agudelo Sistiva, C.; Pérez Rueda, C. (2011). ¿Es la fiducia en garantía un mecanismo para garantizar obligaciones más eficientes que las cauciones tradicionales? *Revista de Derecho Privado*, (45) 1-78. Recuperado de <http://oai.redalyc.org/articulo.oa?id=360033194007>.

Arango Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (18) 241-264. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73343370008>.

Arroyo Fernández, Diego P. (2010), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* editorial Basedow. Argentina

Ávila Valecillos, J.A. (2015) ¿Cómo se armoniza el Derecho Mercantil Internacional? *Revista de Derecho*, Vol. 36, No. 1. 8-19. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Recuperado de <https://www.lamjol.info/index.php/LRD/article/view/2645/2396>

- Barros B., E. (2010) *Compraventa*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Apuntes de clases pp. 1-68. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D122A0627/4/material_docente/bajar?id_material=641449
- Bazán, V. (2006). El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina. *Estudios Constitucionales*, (4) 509-554. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040122>.
- Bermeo, L.; Lizarazo, D.; Villamil, N.; Zaidiza, K. (2005). *Compraventa internacional de mercaderías* (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Bonivento, P. (2000). *La autonomía de la voluntad frente a los contratos de derecho privado* (Tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.
- Cadena Afanador, W. (2007). Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, (7) 1-21. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100220305013>.
- Camacho, A.; Ternera, F. (2013) La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones. *Revista de Derecho*, (40), 50-98. Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/5086/5021>.
- Caprile Biermann, B (2008). Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el derecho comparado. En Mantilla Espinosa F y Pizarro Wilson, C, (coords.), *Estudios de Derecho Privado en*

homenaje a Christian Larroumet, Santiago, Ediciones de la Fundación Fueyo-Universidad Diego Portales. Pp 571-573 Recuperado de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/BELM-25314\(Los%20contratos%20en%20el%20-MantillaUniversidad\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/BELM-25314(Los%20contratos%20en%20el%20-MantillaUniversidad).pdf)

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno – vicios ocultos y garantía mínima presunta – y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías”, en *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado*, José Alberto Gaitán Martínez; Fabricio Mantilla Espinosa (directores), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, págs. 217 a 316

Cárdenas Gracia, J. (2016). “*Introducción al estudio del derecho*”, Colección Cultura Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Recuperado el 18 de mayo de 2017 de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3260-introduccion-al-estudiodel-derecho-coleccion-cultura-juridica>

Castellanos Ruiz, E. (2011). Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales. *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, (1), 77-161. Recuperado de <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/157>

Castilla Juárez, K A; (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, (33) 149-172. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337632740006>.

Clemente Meoro, M. 1992. La Resolución de los Contratos por Incumplimiento. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Clemente Meoro, M. (2011) La Resolución Por Incumplimiento En La Propuesta Para La Modernización Del Derecho De Obligaciones Y Contratos (2009) De La Sección De Derecho Civil De La Comisión General De Codificación Española. Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol, Valencia, 2010, pp. 97 y ss. Boletín del Ministerio de Justicia Año LXV. BMJ núm. 2131. Mayo 2011 - ISSN: 1989-4767. Rrecuperado de: www.mjusticia.es/bmj Cuba Abarca, D. (2015). Rodríguez-Rosado, Bruno (2013). Resolución y sinalagma contractual. Madrid: Marcial Pons. 329 pp. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24) 277-286. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840821013>.

Chaves Romero J. A (2016) “Los principales riesgos entre vendedor y comprador en el contrato de compraventa internacional según la normatividad internacional: un estudio de la Convención de Viena de 1980 sobre el Contrato de Compraventa Internacional” trabajo de grado. Facultad de Derecho. Universidad Católica. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co:8080/bitstream/10983/14262/1/J-Chaves.pdf>

De la Maza, I. (2015). La conformidad de la cosa vendida: adecuación material. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (XXVIII) 79-100. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173741316004>.

De La Maza, I.; Torres Urzúa, R. (2015). La protección del comprador en la venta de cosa ajena.

Revista Chilena de Derecho, (42) 785-818. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177043767003>.

De La Maza, I.; Vidal Olivares, Á.; Morales Moreno, A. (2014). Incumplimiento por inhabilidad

de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema De

31 de octubre de 2012. *Revista Chilena de Derecho*, (41) 1155-1178. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177033389015>.

Duarte, T.; Hurtado, A. (2016). La materialización de la función interacción-integración del

constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el sistema interamericano

de derechos humanos. *Revista Mundo Jurídico* (1), 5-16. Recuperado de:

<http://www.udla.edu.co/revistas/index.php/mundo-juridico/issue/archive3>.

Fajardo Arturo, L.A., (2007), “Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de

constitucionalidad en Colombia”, *Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas*, Vol.7,

número 13, julio – diciembre 2007, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

Recuperado de <http://www.redalyc.org:9081/articulo.oa?id=100221524002>

Farrando Miguel, I. (2000). “El derecho Mercantil y la Armonización y Unificación

Comunitaria” *Revista de Derecho Privado*. No.6 Juli-diciembre. Barcelona. España.

Recuperado de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/655/618/>

Fernández Rozas, J.C, Arenas García, R, De Miguel Asensio P.A (2009), Derecho de los Negocios Internacionales, segunda edición, editorial Iustel, Madrid.

Forero, C.; Del Valle, M. (2003). *Obligaciones sometidas a modalidad* (Investigación profesoral). Universidad de la Sabana: Bogotá.

Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado* (23), 191-207. Recuperado de: <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/3307/2957>.

Gaitán Martínez, J. A. y Mantilla Espinosa F. (2007) *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado*, Colecciones Textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario, Bogotá. Recuperado de https://books.google.co.ve/books?id=OO2VixhPXaEC&pg=PA191&lpg=PA191&dq=fran+ternera+2007+la+resoluci%C3%B3n&source=bl&ots=NsnHQBHdpU&sig=ACfU3U1yL9FSWW6rSxFieZNbAP6VqjK_RQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiSyaCN5KzgAhUFOa0KHS76AckQ6AEwAnoECACQAQ

Galán Barrera, D. (2005). La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. *Estudios Gerenciales*, (91) 49-64. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21209103>.

Galán, D. R. (2011). La compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Criterio Jurídico* (3). Universidad Javeriana. Cali. Colombia. Recuperado de:

http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2275/Compraventa_internacional_mercaderias.pdf?sequence=1&isAllowed=y

García Orejuela, C. (2005). Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano. *Colombia Internacional*, (enero-junio). 148-161. Recuperado de:

<https://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/457/1.php>.

Gherzi Silva, E. (2007). El carácter competitivo de las fuentes del derecho. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N° 47 Octubre 2007 pp. 89-109. Recuperado de http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/47_3_ghersi_silva.pdf

Gobbi, F.; Triay, A. (2015). *El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones* (Trabajo de investigación). Universidad Nacional de Cuyo: Mendoza.

Gómez Vásquez, C. (2007). El riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente. *Opinión Jurídica*, (6) 105-121. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94501206>.

González, L. (2012). *El riesgo contractual en el derecho privado colombiano* (Tesis de pregrado). Universidad Libre: Bogotá.

Guerra Cosme, D.; Hernández Fraga, K. (2012). El principio de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, (6), 27-46. Recuperado de: <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.

. Gutiérrez Prieto, H. (2000) El Análisis Económico del Derecho. Perspectivas para el Desarrollo del Derecho Económico. En: *Universitas. N° 100. Diciembre-2000*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá

Guzmán Brito, A. (2007). Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (9) 95-119. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838867004>.

Hinestrosa F. (2008) “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en AA.VV. *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Universidad del Rosario, Bogotá p.461-484. Recuperado de <https://editorial.urosario.edu.co/estudios-de-derecho-privado-en-homenaje-a-christian-larroumet-derecho-privado.html>

Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, (7) 109-128. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841005>.

Larroumet, Christian (2007): “La causa extraña”, en Mantilla, Fabricio; Ternera, Francisco (edit.), *Contratos en el derecho privado*. Legis, Bogotá pp. 293-317 Recuperado de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/BELM-25314\(Los%20contratos%20en%20el%20-MantillaUniversidad\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/BELM-25314(Los%20contratos%20en%20el%20-MantillaUniversidad).pdf)

- León Robayo, E. I. (2006) La configuración del incumplimiento contractual. *Revista Foro de Derecho Mercantil* N° 10 Ene.-Mar. 2006 87-125. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fd3404ce0430a010151404c
- Leyva Saavedra, J. (2003). El factoring internacional en la convención de unidroit. *Vniversitas*, (105) 553- 582. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510519>.
- López Díaz, P. (2010). La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15) 65-113. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838876003>.
- Mantilla Espinosa, F y Ternera Barrios, F. (2007). La resolución de los contratos en el derecho colombiano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (5) 43-71. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838862002>.
- Mantilla Espinosa F y Ternera Barrios, F. (2005) *Las normas jurídicas de resolución de los contratos en el ordenamiento colombiano*. Revista Foro Derecho Mercantil N°:8, jul.-sep./2005, págs. 87-119. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fc6404ce0430a010151404c
- Mantilla Espinosa F. y Ternera Barros F. (2007) *Los contratos en el Derecho Privado, estudio en derecho colombiano y derecho comparado*. Universidad del Rosario. .Bogotá,

Marín J. L. (2010). El contrato de compraventa internacional de mercancías en el marco regulatorio estatal colombiano. *Estudios de Derecho*, LXVII(149), junio. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.

Marín, J L. (2012). El contrato internacional de compraventa de mercancías. 1ª Edición. Medellín: Universidad de Medellín, Sello Editorial.

Martínez Canellas, A (2001) “*El incumplimiento esencial en el Contrato de compraventa internacional de mercaderías*” (Tesis de Doctorado) Universitat de les Illes Balears. España. Recuperado de <http://ibdigital.uib.cat/greenstone/collect/tesisUIB/index/assoc/TDX-0308.dir/TDX-0308105-095856.pdf>

Mejías Alonzo, C. (2014). La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, (21) 111-156. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041329004>.

Mejias Alonzo, C. (2016) Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1 2016, pp. 271 – 322 ISSN 0717 – 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000100009>

Miquel González, J. (2006). Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa. *Revista de Derecho*, (26) 233-269. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102609>.

Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado Externado* (17), 77-105. Bogotá

Molina, S. (2012). Las relaciones exteriores y los tratados internacionales en la Constitución de 1991. *Revista IUSTA*, 87-105. Recuperado de: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/download/3116/2983>.

Morales, Y. (2016) La compraventa internacional de mercaderías en el mundo globalizado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <http://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/articulo-la-compraventainternacional-de-mercaderias-en-el-mundo-globalizado/>

Moreno Suárez, C. (2002). *Las obligaciones en el contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Monografía de grado). Universidad de la Sabana: Bogotá.

Navarro, A. G. (2009). Régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América Latina: ¿un sistema eficiente? Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Facultad de Derecho. Departamentos de Derecho Civil y de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho. Granada.

Navia Arroyo, F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, (14), 35-51. Recuperado de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/549/520>.

Navia, S (2007) *La resolución por autoridad del acreedor*, Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Bogotá

Noodt, M.B. (1996). Compraventa internacional de mercaderías. Buenos Aires: Enciclopedia Jurídica Omeba.

Olano García, H. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, (14) 61-94. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567003>.

Orejudo Prieto De Los M, P. Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías. Recuperado de: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/orejudo.html>

Organización de Naciones Unidas (2010) Compendio De Jurisprudencia Relativo A La Convención De Las Naciones Unidas Sobre Los Contratos De Compraventa Internacional De Mercaderías. Nueva York. Recuperado de https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf

Ortega, A. (2008). El contrato compraventa internacional de mercaderías confianza en el comercio. 1ª Edición. España: Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX).

Ossa Echevarría, L. (sin año). *Obligaciones del vendedor según la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías* (Artículo de grado). Universidad Pontificia Bolivariana: Medellín.

Oviedo Albán, J. (2003). Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (1) 103-156. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400105>.

Oviedo Albán, J. (2003b). *Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales. En Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas.

Oviedo Albán, J. (2007). Aplicación material de la convención de naciones unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. *Vniversitas*, (113) 207-233. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511308>.

Oviedo Albán, J (2010). Obligaciones y cargas de las partes en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho Privado*, (44) 1-28. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033193002>.

Oviedo Albán, J. (2011). *La convención sobre compraventa internacional de mercaderías*. Instituto Latinoamericano de Derecho de los negocios: Bogotá.

Oviedo Albán, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (21), 117-157. Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82425523005>.

Oviedo Albán, J. (2013). Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles. *Revista de Derecho Privado* (25), 81-107.
Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3597/3775>

Oviedo Albán, J. (2014). La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho Privado*, (27) 219-253.
Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537012007>

Oviedo Albán, J. (2014). Los defectos observables y la garantía de buen funcionamiento en la compraventa. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, (14) 65-84. Recuperado de
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100235716003>.

Oviedo-Albán, J. (2014) Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno-colombiano, 129 *Vniversitas*, 239-274 (2014). ISSN:0041-9060. Recuperado de
<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.ipvr>.

Peñailillo Arévalo, D. (2008). Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. ISBN: 9561015110

Peñailillo Arévalo, D. (2009). La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la reforma del Código chileno. En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (225-226): 7-44. 142 Recuperado de <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=3078>

Peñailillo Arévalo, D. (2012). Algunas reformas a la resolución por incumplimiento. En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (231-232). Recuperado de:

<http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=3120>

Perales V. P. (2001). El Contrato De Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980). Universidad Carlos III. Madrid. Recuperado de

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#v7>

Perilla Granados, J. S. (Diciembre, 2013). Alineación iusteórica desde las licencias *Creative Commons*. *Revista de Derecho privado*, 50. Recuperado de

<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.50.2013.02>

Perilla Granados, J. S. (Junio, 2015). Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial.

Revista de Derecho Privado, 53.DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.03>

Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, (XXXI) 255-265.

Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613754005>

Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista*

Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (12), 163-190. Recuperado de:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>.

Ramelli, A. (2007). El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia.

Revista Derecho de Estado, (20), 19-31. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3400522.pdf>.

Ramírez Márquez, J. (2012). La problemática de la asunción de la propiedad de las mercancías por parte del comprador para ejercer su derecho de rechazarlas, de conformidad con CISG.

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (21) 159-180.

Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82425523006>.

Ramos, M.F. (1992). “*Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*”, Revista científica de derecho, edición 1992, Universidad del Norte,

Barranquilla, Colombia. Recuperado el 22 de mayo de 2017 de

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewfile/2435/1584.html>

Ravassa, G. de J. (2004). Derecho mercantil internacional. 1ª Edición. Doctrina y Ley. Bogotá

Rengifo García, E. (2009) La terminación y la resolución unilateral del contrato. Artículos de investigación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Recuperado de

<http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

Rodríguez Serpa, F. (2014). Editorial “La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada”, Revista Justicia Vol.19, N° 25, Enero-junio, Universidad Simón Bolívar,

Barranquilla, Colombia. Recuperado de:

<http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/656/644>

- Rodríguez Fernández, M.(2007) “El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema”, *Revista E-mercatoria*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. 5, n.º 2, 2007.
- Rojas Arias, J. (2015). Análisis jurídico en relación con la aplicación provisional de tratados en Colombia. Una perspectiva de derecho internacional y nacional. *Diakon* (24), 144.170.
Recuperado de: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4529/4095>.
- Sanabria, A (2007) “La resolución del Contrato en el derecho colombiano” en *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado*, José Alberto Gaitán Martínez; Fabricio Mantilla Espinosa (directores), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, págs.139-171
- San Miguel Pradera L.P. (2003) *La Resolución Extra Judicial: Modelos De Derecho Comparado Y Evolución Del Derecho Español*. Tesis de Grado. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de derecho. Madrid.pdf.
- San Miguel Pradera, L.P. (2011) *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. IV. Madrid, España. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-40168501724_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_resoluci%F3n_por_incumplimiento_en_la_Propuesta_para_la_Modernizaci%F3n_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos:_%BFLo_mejora_es_enemigo_de_lo_bueno?

Sevilla Cáceres, F (2018) La resolución de los contratos por incumplimiento esencial. España.

Recuperado de <https://www.mundojuridico.info/resolucion-del-contrato-por-incumplimiento-esencial/>

Tenera Barros, F (2007) Las resoluciones extrajudiciales del a Convencion de Viena sobre compraventa internacional del mercaderías. Universidad del Rosario. Bogotá en Gaitán

Martínez, J. A. y Mantilla Espinosa F. (2007) La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado, Colecciones Textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario, Bogotá. Recuperado de
https://books.google.co.ve/books?id=OO2VixhPXaEC&pg=PA191&lpg=PA191&dq=francisco+ternera+2007+la+resoluci%C3%B3n&source=bl&ots=NsnHQbHdpU&sig=ACfU3U1yL9FSWW6rSxFieZNbAP6VqjK_RQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiSyaCN5KzgAhUFOa0KHS76AckQ6AEwAnoECAcQAQ

Techera Barreiro. V. (2014) *Incumplimiento imperfecto y sus remedios*. Revista de Derecho.

Segunda época. Año 9. N.º 9 (julio 2014), 221-252 - ISSN 1510-3714. Recuperado de
<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/756/745/>

Torres, D; Pereira, M. (2014). La Convención de Viena sobre compraventa internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro. *Revista de Derecho Privado*, (26), 267-293. Recuperado de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3802/3995>.

Valdenebro, J. (2011). Reflexiones sobre la unificación de Civil y comercial. La CISG como criterio aconsejable. *Revista de Derecho Privado*, 45, 5 -51. Recuperado de:

<http://docplayer.es/67652994-Revista-de-derecho-privado-e-issn-universidad-de-los-andes-colombia.html>

Verda y Beamonte, José R de (2009) Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias.

Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. 328 p.

(Colección Textos de jurisprudencia) Recuperado de:

http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11055/Saneamiento%20por%20vicios_ok.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Verda y Beamonte, José R de (2007). “La No Conformidad de la Convención de Viena” en *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado*, José Alberto Gaitán Martínez; Fabricio Mantilla Espinosa (directores), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, págs. 317- 354

Vidal Olivares, A. (2006). El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (1) 235-247. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620058010>.

Vidal Olivares, Álvaro R. (2009). El concepto de incumplimiento fundamental del contrato en el "Código Civil". *Revista de derecho (Valparaíso)*, (32), 221-258. Doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100006>

Vidal, Á. & Oviedo J. (2016). Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional: una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador. *Revista de Derecho*

Privado, Universidad Externado de Colombia (31). Bogotá D.C. Doi:

<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.06>

Wagner de Tizón, C. (2011). *Limitaciones a la autonomía de la voluntad* (Tesis de doctorado).

Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe.

Zárate, F. & González, J. (2013). El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Tesis de Grado. Universidad Industrial de Santander.

Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Bucaramanga.

Legislación

- Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional De Mercaderías. Arts. 25, 35.2 46.2, 49.1 a), 51.2, 64.1 a), 70, 72.1 y 73
- PECL (Principios de Derecho Europeo) The Commission On European Contract Law (2003). Principles of European Contract Law. Part III. La Haya: Kluwer Law International. Arts. 8:103 y 9:301
- UNIDTROIT Instituto Internacional Para La Unificación Del Derecho Privado (2012).Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010.. editorial La Ley. Madrid Art. 73.1

Colombia

- Código Civil Colombiano. Arts. 1546, 1602, 1603 y 1604; 1914, 1915 y 1916; 1923, 1925 y 1926
- Código de Comercio. Art. 870, 871

Chile

- Código Civil. Art. 1438

España

- Código Civil. Art. 1124

- PMDOC (2009) Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil, Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Ministerio de Justicia.

España. Arts. 1119, 1188

Francia

- Código Civil. Art. 1184

Italia

- Código Civil. 1165, 1455

Jurisprudencia

CNUDIM (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil)

CLOUT, caso n° 79 (Oberlandesgericht Frankfurt A.M., Alemania)

CLOUT, caso n° 138 Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos

España

(STS 18.11.2013): Resolución del contrato por incumplimiento esencial. Directrices acerca de la diferenciación de su régimen aflictivo.

Finlandia

Helsinki, Tribunal de Primera Instancia, Finlandia, 11 de junio de 1995, confirmado por el Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia, 30 de junio de 1998, traducción inglesa.

Recuperado de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980630f5.html>

Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 septiembre de 1991, M.P. Dr. Alberto Ospina Botero.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación del 14 de enero de 2005, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 16 de diciembre de 2010 M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia No. C-276/93 M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional. Sentencia C-582/99 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional Sentencia C-067/03 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra