

# Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia\*

*Legal regime applicable to  
international sales in Colombia*

\* Este artículo hace parte de la estancia de investigación postdoctoral en el Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de la ciudad de Hamburgo (Alemania) y del proyecto de investigación “El impacto de la globalización en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías”, aprobado en la Resolución 039 de 2015 de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

W I L L I A M F E R N A N D O M A R T Í N E Z L U N A

Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho de los negocios y litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, abogado de la Universidad Santo Tomás sede Bucaramanga, Profesor Titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.  
williamf.martinezl@utadeo.edu.co

## Resumen

Con el fin de incrementar la seguridad jurídica de la contratación internacional, la ley aplicable al contrato debe contar con un elevado nivel de previsibilidad. Para alcanzarlo, los Estados han venido implementando normas materiales uniformes y normas de conflicto uniformes. Sin embargo, las normas de conflicto internas en países como Colombia, lamentablemente todavía tienen un rol principal. La jerarquía y aplicación de estas disposiciones representa un enorme reto para el operador jurídico colombiano. El presente artículo tiene como principal objetivo establecer los criterios que debe seguir el juez colombiano para determinar la ley aplicable al contrato internacional de compraventa.

### PALABRAS CLAVE

Ley aplicable, norma de conflicto, compraventa internacional.

## Abstract

In order to increase the legal certainty of the international contract, the applicable law to international contract should be highly foreseeable. To reach it, the States have been implementing uniform substantive legislation and uniform conflict of law rules. However, domestic conflict of law rules, in countries such as Colombia, still unfortunately play a leading role. The hierarchy and application of these provisions represents a huge challenge for the Colombian's courts. The main objective of this paper is to establish the criteria that the Colombian judge must follow to determine the applicable law to international sales contract.

### KEYWORDS

Applicable law, conflict of law rules, international sales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales incertidumbres que genera la conclusión de un contrato internacional es saber cuál derecho sustancial aplicará el juez para dirimir los conflictos que se presenten en el devenir de esta relación jurídica<sup>1</sup>. Justamente para disminuir esta incertidumbre e incrementar la seguridad jurídica internacional, el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) establece una serie de normas cuyo principal objetivo es “determinar el régimen jurídico sustancial o de fondo” (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 44) que regirá el contrato, haciendo efectivas “las razonables y legítimas expectativas de las partes en la transacción...” (Dicey, Morris & Collins, 2012, p. 4).

Para alcanzar este objetivo, el DIPr. utiliza principalmente las normas materiales uniformes y las normas de conflicto (internas o uniformes). Las normas materiales uniformes brindan una “respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales” (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 405), es decir, no son normas de remisión sino de aplicación directa. Estos cuerpos jurídicos evitan el denominado conflicto de leyes, pues no existe la incerteza de cuál ley nacional aplicar para dirimir el conflicto; por el contrario, de manera directa el juez utiliza la norma material uniforme para fallar de fondo.

No obstante ser un instrumento legal importante que evita el conflicto de leyes, las normas materiales uniformes todavía resultan escasas para lograr una uniformidad legal internacional, pero incluso aquellas que ya existen, tan solo regulan aspectos concretos de la relación jurídica internacional<sup>2</sup>, por lo que en la mayoría de los contratos sigue siendo necesario acudir a la norma sustantiva interna por medio de la norma de conflicto (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 405).

---

<sup>1</sup> Las normas para la determinación de la ley aplicable a una situación privada internacional hacen parte de uno de los tres sectores que el Derecho internacional privado disciplina para incrementar la seguridad jurídica internacional, junto con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

<sup>2</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005); Convenio de Berna de 1886; Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929; Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (Ginebra, 19 de mayo de 1956); Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), de 25 de febrero de 1961; Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995); Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), entre otros.

Por su parte, la norma de conflicto es una disposición de fuente interna o internacional que tiene como principal objetivo establecer la ley nacional que regula el vínculo jurídico, es decir, es una norma de remisión. Para ello, sitúa la relación en un Estado concreto, y las normas materiales de dicho Estado, son las encargadas de regirlo.

La característica principal de la norma de conflicto es que dicha disposición no otorga una solución sustantiva directa, sino que remite al ordenamiento jurídico nacional que la proporciona (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 404).

En la actualidad, existe una estrecha relación entre las normas materiales uniformes y las normas de conflicto. En efecto, como no se cuentan con suficientes normas materiales uniformes, e incluso las existentes no traen una reglamentación integral, en no pocos casos debe acudir a la norma sustantiva interna por medio de la norma de conflicto. Sin embargo, esta interrelación ha representado una enorme dificultad principalmente para el operador jurídico, pues en muchas ocasiones ha aplicado directamente la norma interna para regular un contrato internacional, sin pasar previamente por la norma de conflicto; o lo que es peor, ha utilizado la norma interna para fallar de fondo cuando era aplicable una norma material uniforme.

Por esta razón, se hace imperioso delimitar los ámbitos de aplicación de la norma material uniforme, su jerarquía respecto de la norma sustancial interna, y la interrelación de estas con las normas de conflicto, a fin de que el juzgador establezca de manera correcta la disposición jurídica que regula el contrato internacional.

Este artículo centra su atención en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, con el objetivo de establecer los criterios que debe seguir el operador jurídico colombiano para identificar la ley aplicable a este contrato internacional, destacando justamente la relación entre la Convención de Viena de 1980 (en adelante CV) como norma material uniforme, la norma de conflicto uniforme, y la norma de conflicto interna, como medio para establecer la ley nacional aplicable. Este estudio no pretende profundizar en el concepto de compraventa ni en los ámbitos de aplicación de la CV, asuntos abundantemente debatidos por la doctrina, sin embargo, se hace necesario abordarlos con el objetivo de destacar el amplio abanico de disposiciones, conceptos y presupuestos, que el juez ha de tener en cuenta para establecer la ley del contrato internacional, puntualizando los límites entre la norma material uniforme y la norma sustantiva interna y el rol de la norma de conflicto.

El artículo inicia con la calificación de la relación jurídica como compraventa y su internacionalidad, los ámbitos de aplicación (temporal y espacial) de la CV, para finalizar con la determinación de la ley aplicable por medio de la norma de conflicto uniforme y la norma de conflicto interna, siendo esta la vía idónea para establecer el régimen jurídico aplicable a un contrato internacional de compraventa.

## 2. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y SU INTERNACIONALIDAD

El primer análisis que debe hacer el Tribunal para establecer el régimen aplicable al contrato internacional de compraventa es definir si la relación jurídica encuadra dentro del concepto mismo de compraventa, es decir, debe confrontar el acto jurídico bilateral con el tipo contractual concreto. La mayoría de legislaciones internas cuentan con una definición del contrato de compraventa; así, el artículo 1849 del código civil colombiano estipula que es "...un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio". El Código Civil español en el artículo 1445 establece que "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente". Por su parte, el Código de Comercio de Colombia lo define como

... un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario...

Como se aprecia, el concepto de compraventa recogido por las normas internas antes mencionadas se basa en la descripción de las principales obligaciones tanto del comprador como del vendedor, siendo este el común denominador de todas las definiciones legales de este tipo contractual.

En los textos internacionales la situación es diferente: la CV, por ejemplo, carece de una noción de compraventa, lo mismo ocurre con el Convenio sobre la venta de objetos muebles corporales<sup>3</sup>, sin embargo, la doctrina no ha encontrado ninguna dificultad por tal carencia, dado que se puede inferir de las principales obligaciones del comprador y del vendedor (artículos 30 y 53 CV). De esta manera, se puede entender por compraventa, a efectos de la CV, "el contrato sinalagmático en virtud del cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio" (Calvo, 1998, p. 47).

En suma, si la intensión de las partes al celebrar el contrato es la transferencia de la propiedad de un bien, de un contratante a otro, con la obligación recíproca de pagar el precio por parte de quien lo recibe<sup>4</sup>, no habrá duda de que el contrato celebrado es el de compraventa.

---

<sup>3</sup> Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales.

<sup>4</sup> Hay que tener en cuenta lo contemplado en el artículo 1850 CC colombiano: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario".

En términos generales, el contrato de compraventa, principalmente el de mercaderías, no ha presentado mayores problemas en cuanto a su calificación, puesto que las prestaciones principales llevadas a cabo por las partes permiten distinguir este tipo contractual de otro.

Definido que el vínculo jurídico encuadra dentro del tipo contractual de compraventa, el operador judicial debe establecer si la relación jurídica es interna o internacional. Para esto, debe analizar si el contrato tiene vínculos con solo un Estado, o si, por el contrario, cuenta con puntos de conexión con dos o más Estados.

Existen varias tesis acerca de la internacionalidad del contrato<sup>5</sup>, sin embargo, la tesis del elemento extranjero es la que mejor se adapta al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas. Esta tesis establece que un contrato es internacional cuando presenta al menos un punto de conexión con un país diferente de aquel donde se adelanta el proceso judicial. Es decir, cuando la relación jurídica cuenta con por lo menos un elemento extranjero (Calvo y Carrascosa, 2011, p. 629; Giuliano y Lagarde, 1992, p.10).

Este elemento de extranjería puede ser cualquiera, ya que no se debe tomar en consideración su naturaleza, intensidad o relevancia, pero necesariamente ha de estar relacionado de manera directa con una situación jurídica específica, y este vínculo directo con el contrato trae como consecuencia su calificación como internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el elemento extranjero puede encontrarse en dos tipos de situaciones: las objetivamente internacionales y las subjetivamente internacionales. En la primera, el contrato cuenta con elementos objetivos que lo vinculan con más de un país. Los elementos objetivos más comunes son el domicilio o residencia de las partes, el lugar de ejecución de las prestaciones, el lugar de celebración del contrato, entre otros. En la segunda de las situaciones, esto es, las subjetivamente internacionales, los elementos objetivos del contrato se encuentran localizados en un único país, pero las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad (conflictual en este caso), han acordado que un Derecho extranjero regule de fondo el contrato. Esta elección hace que el contrato sea considerado como internacional, sin embargo, no pueden desconocerse las normas imperativas del país que reúne todos los elementos objetivos del contrato. En conclusión, esta tesis sostiene que tan solo los contratos que cuentan con todos sus elementos objetivos y subjetivos en un solo país, y que por este motivo no presentan la duda de cuál norma jurídica se aplica al litigio, deben considerarse como contratos internos o nacionales, y por esta razón son ajenos al DIPr. (Carrascosa, 2006). La tesis del elemento extranjero

---

<sup>5</sup>Una de ellas es la tesis del efecto internacional. Originario de la doctrina francesa, esta tesis valora la internacionalidad de acuerdo con las consecuencias o efectos que produce la relación jurídica. *Vid.* Carrascosa (2009, 108; 2006).

se ha incluido en muchos cuerpos jurídicos internacionales, como el Reglamento Roma I, el Convenio de Roma de 1980, entre otros.

### 3. LA NORMA MATERIAL UNIFORME PREVALECE SOBRE LA NORMA DE CONFLICTO

Luego de definir que la relación jurídica es una compraventa, y de establecer que dicho vínculo es internacional, le corresponde al operador jurídico determinar si existe una norma sustantiva uniforme sobre la materia, pero sobre todo si el concreto contrato entra dentro del ámbito de aplicación de la norma uniforme internacional. En otras palabras, definido que se está en presencia de un contrato de compraventa internacional, el juez debe –antes de aplicar su propia norma de conflicto interna o internacional– analizar si la relación jurídica puede ser regulada por una norma material uniforme<sup>6</sup>.

Las normas materiales uniformes que regulan relaciones que traspasan las fronteras están principalmente consagradas bajo la forma de convenios internacionales. Dichos convenios fijan en su propio clausulado los ámbitos de aplicación de la disposición<sup>7</sup>, con el objetivo de delimitar las relaciones jurídicas que se sujetan al concreto texto internacional. Por esta razón, por ejemplo, el artículo 1 de la CV se considera como una “norma de conflicto unilateral” (Calvo, 1998, p. 46; Mistelis, 2011, p. 22), que determina el ámbito de aplicación del Convenio y prevalece sobre el uso de las normas de conflicto “en la mayor medida posible” (Mistelis, 2011, p. 22).

De esta manera, si la norma uniforme es aplicable de manera directa, debe desecharse el uso de la norma de conflicto para elegir la ley del contrato<sup>8</sup>, así lo establece una sentencia italiana del Tribunale di Rimini del 26 de noviembre 2002:

---

<sup>6</sup> Es determinante destacar que el juez nunca podrá utilizar sus normas materiales internas (código civil o de comercio) de manera directa para resolver un conflicto que se suscite en una compraventa internacional, pues siempre deberá identificar si existe norma material uniforme aplicable al caso, y en su defecto, utilizar la norma de conflicto.

<sup>7</sup> Por ejemplo, el Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales establece en su artículo 1: “El presente Convenio se aplicará a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales. No se aplicará a las ventas de títulos, a las ventas de naves y buques o de aeronaves registradas, a las ventas judiciales o por embargo. Se aplicará a las ventas sobre documentos. Para su aplicación se asimilarán a las ventas los contratos de entrega de objetos muebles corporales a fabricar o a producir, cuando la parte que se obliga a la entrega deba proporcionar las materias primas necesarias para la fabricación o para la producción. No basta la sola declaración de las partes, relativa a la aplicación de una ley o a la competencia de un juez o un árbitro, para dar a la venta el carácter internacional en el sentido del párrafo primero del presente artículo”.

<sup>8</sup> En este sentido pueden verse las siguientes sentencias: *Pizza boxes case*, Trib. Padova Italy, 31 March 2004, in *Giur. merito* 2004, 1065; *Agricultural products case*, Trib. Padova Italy, 25 February 2004, in *Giur. it.* 2004,

However, this Court observes that the approach based on the application of substantive rules is preferable to the application of rules of international private law. It is therefore necessary to determine whether the case at bar falls within the scope of the United Nations Convention 1980 on Contracts for the International Sale of Goods...<sup>9</sup> (Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.)

Por lo tanto, cuando el operador jurídico determine que la compraventa es internacional, debe obligatoriamente analizar en primer lugar si la relación jurídica entra dentro de los ámbitos de aplicación de la CV.

#### 4. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

El tribunal que se declare competente para conocer de un litigio sobre una compraventa internacional de mercaderías, debe necesariamente afrontar el estudio de los ámbitos de aplicación de la CV, partiendo de la internacionalidad del cuerpo jurídico<sup>10</sup>.

La internacionalidad en la CV hace parte de la esencia misma del Convenio, fue el objetivo principal de los redactores, razón por la cual el texto se ocupa de identificar las relaciones jurídicas internacionales que pretende regular. Es necesario precisar que la CV no establece criterios para identificar cuándo un contrato es internacional; e incluso cuándo una compraventa es internacional, tan solo se ocupa de delimitar cuándo un contrato, en el marco de la CV, se considera internacional (Calvo, 1998, p. 49). De acuerdo con esto, la CV establece dos formas de aplicación del texto uniforme: 1. Aplicación directa. 2. Aplicación Indirecta.

##### A. Aplicación directa de la CV

La CV será directamente aplicable por el tribunal competente cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, y dichos Estados sean parte de la CV<sup>11</sup>. Si se cumplen estos dos requisitos objetivos contemplados por el artículo 1 CV, se estará entonces en presencia de

---

1405; Rheinland Vertsicherungen vs. Atlarex, Trib. Vigevano Italy, 12 July 2000, in Giur. it. 2001, 280.

<sup>9</sup> Se trataba de un comprador italiano que adquirió una vajilla de porcelana a un vendedor francés. La obligación de pago se estableció en dos momentos distintos: el primer pago se haría a la celebración del contrato y el segundo 90 días después de la entrega de las mercancías. El vendedor demanda al comprador por incumplimiento de la obligación de pago referida al segundo plazo.

<sup>10</sup> Lo anterior porque para Colombia la Convención de Viena de 1980 entró en vigor el 1° de agosto de 2002, de acuerdo con lo consagrado en el Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001, y luego de la expedición de la ley 518 del 4 de agosto de 1999, y de la declaratoria de exequibilidad de la propia Convención y de la ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional en su Sentencia n° 529/00 de 10 de mayo de 2000.

<sup>11</sup> *Vid.* PVC and other synthetic materials case, District Court Zug, Switzerland, 21 October 1999.

una compraventa internacional, que adicionalmente, podría –si se cumplen las demás exigencias contempladas en los artículos 1-6 CV– ser regulada por la Convención. Se ahondará en estos dos requisitos.

### 1. Que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes

El primer criterio de aplicación de la CV establece que los contratantes deben tener sus establecimientos en Estados distintos<sup>12</sup>. Así, se pretende evitar que la Convención regule contratos cuyas partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, pues para dicha relación jurídica se debe aplicar la ley de ese mismo Estado, ya sea que regule compraventas internas o que cuente con una disposición que discipline específicamente compraventas internacionales, lo cierto es que la CV no es aplicable en este supuesto (Mistelís, 2011, p. 23).

La disposición no tiene en cuenta la nacionalidad de las partes, ni el lugar de celebración del contrato, ni tampoco el lugar de ejecución; el punto de conexión internacional es el establecimiento de las partes en Estados diferentes, de ahí la importancia no solo del propio concepto de establecimiento, sino del aspecto temporal del mismo, pues los contratantes deben tener sus establecimientos en Estados diferentes al momento de la conclusión del contrato.

### 2. Que esos dos Estados sean parte de la Convención de Viena de 1980

Además de tener sus establecimientos en Estados diferentes, la CV exige para su aplicación directa que dichos Estados sean parte de la Convención. El operador jurídico debe verificar, entonces, que la CV haya entrado en vigor en estos Estados<sup>13</sup>. Sin embargo, no es suficiente que estos Estados sean parte de la CV, pues el juez colombiano debe cerciorarse, además, de que esto haya ocurrido para el momento de la conclusión del contrato<sup>14</sup>. Así lo reitera un Tribunal Italiano:

that international character of the contract by itself is not sufficient to warrant the application of the Convention (see Tribunale Vigevano, cited). It is also necessary that the countries in which the parties have their place of business are Contracting States to the CISG at the time the contract was

<sup>12</sup> *Vid.* “A contract for the sale of the goods is international when, at the time the contract was entered into, the parties have their relevant places of business, or the places from which the parties business activities are carried out, in different States. This requires a certain duration and stability as well as a certain amount of autonomy”. *Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.*, Tribunale di Rimini, 26 November 2002.

<sup>13</sup> El Estado actual de los países parte de la CV puede consultarse en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)

<sup>14</sup> No ocurrió así en la sentencia: *Automobile case*, Supreme Court, Austria, 11 February 1997. “No possible link to the CISG is provided by Art. 1(1) (a) in this case, because the sales contract was concluded on 3 March 1989 while Switzerland as [Buyer]’s place of business did not accede to the Convention until 1 March 1991”.

entered into [Art.1(1)(a)], or that the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State [Art.1(1)(b)]. In the present case, the CISG has been in force in both France and in Italy since 1 January 1988, long before the conclusion of the contract. Therefore CISG is applicable by virtue of Art.1 (1) (a). (Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A., Tribunale di Rimini, 26 November 2002)

### 3. Efectos de la aplicación directa de la CV<sup>15</sup>

Si la relación jurídica cumple con los dos criterios anteriormente estudiados, se debe aplicar la CV de manera directa, y esta circunstancia trae para el Tribunal las siguientes consecuencias:

- a. La CV debe ser aplicada de manera directa y obligatoria por el tribunal competente. La única excepción a esta regla general es el evento en que las partes hagan uso de la posibilidad de exclusión del texto convencional consagrado en el artículo 6 de la CV.
- b. El tribunal competente debe desechar el uso de la norma de conflicto para establecer la ley aplicable al fondo de la controversia<sup>16</sup> (salvo aquellas cuestiones no contempladas por la Convención), pues en este primer evento dichas normas de conflicto resultan “obsoletas” (Mistelis, 2011, p. 23).
- c. El tribunal del foro aplica la CV como Derecho interno, mas no como Derecho foráneo.
- d. La CV aplica incluso si la norma de conflicto del foro “normalmente designaría la ley de un tercer Estado”, por ejemplo, la ley del Estado donde se ejecuta el contrato. Esto porque el análisis de los ámbitos de aplicación de la CV son previos, y en su caso excluyentes, a la aplicación de la norma de conflicto.

## B. Aplicación indirecta de la CV

La aplicación indirecta opera cuando no se cumplen los requisitos para una aplicación directa de acuerdo al artículo 1.1. a. CV, esto es, cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes pero uno o ninguno es Estado contratante. Adicionalmente, requiere que el juez haga uso de la norma de conflicto, y que ésta designe las normas jurídicas de un Estado parte de la CV.

De acuerdo con esto, la ley material uniforme ya no regula de manera directa la compraventa internacional, por lo que el juez del caso debe acudir a la norma de conflicto del foro –sea esta interna o uniforme– para identificar el cuerpo normativo con el que ha de fallar de fondo. En

<sup>15</sup> Sobre este aspecto puede consultarse Calvo (1998, p. 54).

<sup>16</sup> Pues en palabras del profesor Caravaca: “donde hay unificación material, se ha escrito, no hay lugar para la norma de conflicto” Calvo (como se cita en 1998, p. 55).

consecuencia, si del uso de la norma de conflicto se desprende que la ley aplicable es la de un Estado parte de la CV, la norma uniforme deberá utilizarse por el juez para dirimir el asunto.

Es importante destacar que en este caso el uso de la norma de conflicto no es discrecional; por el contrario, el juez debe siempre utilizar la norma de conflicto para establecer la *lex contractus*; lo que sucede es que si el Estado designado ha ratificado la CV, dicho cuerpo normativo debe ser usado para dirimir el litigio.

La aplicación indirecta ha sido reconocida en múltiples sentencias<sup>17</sup>; una de ellas fue proferida por un Tribunal Italiano. Se trataba de un vendedor italiano y un comprador griego que celebraron un contrato de compraventa de telas de moda. Ante el incumplimiento de la obligación de pago, el vendedor italiano decidió demandar ante los tribunales de Italia para que se le pagara lo adeudado, con sus respectivos intereses y los demás perjuicios. Al analizar la aplicación de la CV se tuvo en cuenta que el contrato había sido concluido antes de la entrada en vigor de la Convención para Grecia. Por tal motivo, no era posible una aplicación directa de la CV. El Tribunal al aplicar la norma de conflicto italiana determinó que la ley de Italia debía regular este contrato internacional. Como Italia es un Estado parte de la CV, dicha Convención debe aplicarse de manera indirecta de acuerdo con el artículo 1.1.b<sup>18</sup>.

#### 1. Consecuencias de la aplicación indirecta de la CV

- a. El uso de la norma de conflicto es obligatoria por parte del juez competente y no podrá llegar por camino distinto a la aplicación de la CV.
- b. El juez no podrá usar las normas internas sobre compraventa –entiéndase código civil o código de comercio– en lugar de la CV.

---

<sup>17</sup> “Undoubtedly, where the rules of private international law lead, as here, to German law, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG], in force in Germany in 1990/1991, applies to sales contracts between parties in different States, by virtue of its Art. 1(1)(b). According to this provision, it suffices that the rules of private international law lead to the application of the law of one Contracting State - here: Germany. It is irrelevant whether the State where the other party has his seat is also a Contracting State to the CISG”. Chinese goods case, Hamburg Arbitration proceeding, Germany, 21 March 1996; también puede verse: Nieuwenhoven Veehandel vs. Diepeveen, District Court Arnhem, Netherlands, 30 December 1993; Computer chip case, Appellate Court Koblenz, Germany, 17 September 1993.

<sup>18</sup> Al respecto el Tribunal expresó lo siguiente: “Even though the Convention was not applicable by virtue of Art. 1(1) (a) inasmuch as at the time of the formation of the contract Greece was not a Contracting State (in fact, Greece had ratified the Convention on 1 February 1999), its applicability is not excluded. It is in fact applicable under Italian law by virtue of Art. 1(1)(b), since the norms of Italian international private law lead to the law of the Italian seller under applicable law (art. 3(1) of the Hague Convention of 1955), that is to say, to the law of a State which at the time of contract formation was a Contracting State”. Tessile vs. Ixela, District Court Pavia, Italy, 29 December 1999.

- c. El juez debe, en todo caso, aplicar la CV para fallar de fondo, aunque esta no haya sido ratificada en el país del foro.

### C. *Opting in y opting out* de la Convención de Viena 1980

Llegados a este punto es pertinente abordar el estudio de aquellos contratos internacionales de compraventa a los que no se les puede aplicar la Convención ni directa ni indirectamente porque no reúnen los requisitos ya analizados. Surge entonces la siguiente inquietud: ¿existe la posibilidad de aplicar la CV a aquellos contratos que no cumplen con los requisitos del artículo 1.a o 1.b? Para responder a este cuestionamiento se debe observar –en primer lugar– el propio texto de la Convención. La CV no regula si las partes pueden optar por la aplicación de la Convención cuando su relación jurídica no encuadra dentro del ámbito de aplicación de la misma. Es decir, la CV no establece si es posible que, aunque la CV no aplique directa ni indirectamente, las partes puedan pactar de común acuerdo su aplicación, y mucho menos establece la obligatoriedad o no de este pacto para el juez que conoce el litigio.

No obstante, en la actualidad no hay duda de que una cláusula en este sentido (*opting in*) incluida en el contrato de compraventa internacional convierte en aplicable la CV, siendo en todo caso obligatorio para el juez que conoce el asunto aplicar las disposiciones de la Convención, ya no porque entra dentro de su ámbito de aplicación, sino en virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En conclusión, salvo en los contratos excluidos directamente por la CV en su artículo 2, todo contrato de compraventa, incluidos los contratos mixtos, pueden ser objeto de aplicación de la CV por medio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

De otra parte, si se cumplen todos los requisitos establecidos en los artículos 1-5 de la CV, la Convención será obligatoriamente aplicable al contrato de compraventa internacional, a menos que las partes realicen una exclusión del texto uniforme de acuerdo con lo contemplado en el artículo 6 CV. Lo anterior significa que la CV tiene un enfoque de *opting - out*, es decir, que le otorga a las partes la posibilidad de excluir en todo o en parte la aplicación de la CV a su contrato. De no existir este acuerdo mutuo entre las partes, la CV es de obligatorio cumplimiento, sin necesidad de manifestación alguna de los contratantes.

## 5. LA NORMA DE CONFLICTO COMO HERRAMIENTA PARA DESIGNAR LA LEY APLICABLE A LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

El primer estudio que debe hacer el juez para establecer la ley aplicable a una compraventa internacional no es otro que determinar si existe una norma jurídica uniforme que regule el conflicto (en este caso la CV). Si este cuerpo legal existe, abordará el estudio de su ámbito de aplicación, para

poder establecer si la específica relación jurídica sometida a su juzgamiento puede ciertamente ser regulada por la disposición uniforme de manera directa. Nótese que hasta este momento el juez se basará exclusivamente en la norma uniforme para decidir si es aplicable o no. Descartada la aplicación directa, el segundo paso será utilizar las normas de conflicto con tres objetivos distintos:

1. Determinar si puede aplicar la norma uniforme de manera indirecta, pues como se tuvo oportunidad de analizar, si las normas de conflicto designan como ley aplicable las disposiciones jurídicas de un Estado parte de la CV, dicha Convención aplica de manera indirecta.
2. El juez debe utilizar las normas de conflicto para llenar los vacíos que deja la aplicación de la CV. La CV regula solo unos aspectos de la compraventa internacional, por lo tanto, todo lo demás deberá ser regulado por las normas domésticas establecidas por medio de las normas de conflicto.
3. El tercer objetivo tiene aplicación cuando se ha descartado el uso de la norma uniforme, y se requiere establecer cuáles normas jurídicas nacionales serán de aplicación para fallar de fondo el litigio.

Pues bien, del análisis anterior se desprende de manera diáfana la relación directa entre las normas uniformes y las normas internas mediante el uso de la norma de conflicto, pues aunque es claro que la norma uniforme prima sobre la norma de conflicto, esta es una herramienta complementaria para designar de manera indirecta la CV, y subsidiaria para establecer la ley a asuntos que no regula la Convención o cuando la CV no es aplicable en su totalidad al caso.

El análisis se centrará ahora en el tercer objetivo de aplicación de la norma de conflicto, esto es, determinar el ordenamiento jurídico cuando la CV no puede ser aplicada de manera directa ni indirecta.

### **A. La norma de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano**

Colombia cuenta principalmente con tres normas de conflicto que deben ser tenidas en cuenta por el juez para elegir la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Una de ellas de fuente internacional o uniforme, y las otras dos de fuente interna. La primera es el Tratado de Montevideo de 1889; la segunda, el artículo 20 del Código Civil, y la tercera el artículo 869 del Código de Comercio.

La norma de conflicto uniforme desplaza a la norma de conflicto interna<sup>19</sup>, por tal motivo, este estudio analizará en primer lugar el Tratado de Montevideo y posteriormente las normas internas.

---

<sup>19</sup> Esta es otra jerarquía trascendental que el tribunal debe tener en cuenta en la designación de la ley aplicable.

## 1. El Tratado de Montevideo de 1889

Los Tratados de Montevideo de 1889 versan sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica y ejercicio de profesiones liberales. Específicamente, el Tratado de Derecho Civil Internacional contempla en sus artículos 32- 39 normas de conflicto que determinan la ley aplicable a obligaciones y contratos. Este Tratado rige para Colombia, Argentina, Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay. Sin embargo, como Argentina, Uruguay y Paraguay firmaron y ratificaron los Tratados de Montevideo de 1940, entre ellos rige esta norma uniforme.

Lo más destacado del Tratado de Derecho Civil Internacional es que contiene normas de conflicto uniformes, lo cual permite que los jueces de los Estados parte utilicen la misma norma de conflicto para elegir la ley aplicable al contrato internacional. No obstante, este Tratado contiene normas de conflicto cerradas, y esto significa que solo aplican a las autoridades judiciales de los países ratificantes y a casos conectados con dichos territorios, a diferencia del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea, que tiene una aplicación universal<sup>20</sup>. Lo anterior resalta la importancia de la norma de conflicto interna de cada uno de los Estados parte del Tratado. En efecto, al tener el Tratado de Montevideo un ámbito de aplicación territorial bastante reducido, en buena parte de los casos se debe recurrir a la norma de conflicto interna para designar la ley aplicable al contrato internacional. Esto, a diferencia del Convenio de Roma de 1980 y su sucesor el Reglamento Roma I, que dejó casi sin utilidad las normas de conflicto internas.

El Tratado de Montevideo de 1889 establece normas de conflicto para designar la ley aplicable a los contratos en ausencia de elección de parte, y no contiene ninguna disposición que posibilite y regule la designación de ley por mutuo acuerdo entre los contratantes (autonomía conflictual). Situación que generó un debate doctrinal respecto de la posibilidad o no de utilizar la autonomía conflictual. No obstante, en la actualidad la interpretación que prevalece es la siguiente: si el ordenamiento jurídico elegido permite la autonomía conflictual, dicho acuerdo es perfectamente válido, y por lo tanto, el contrato deberá regularse por la ley elegida por los contratantes.

---

<sup>20</sup> Así lo establece el artículo 2 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

### *1.1. Normas de conflicto en ausencia de elección en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1889*

Un contrato internacional de compraventa que no entre dentro de los ámbitos de aplicación de la CV debe ser regulado por la ley designada mediante la norma de conflicto. Si dicho contrato encuadra en los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889, el juez debe verificar si existe elección de ley por parte de los contratantes, y si esta elección es válida. De no existir una válida elección de ley aplicable, el juez deberá utilizar la norma de conflicto consagrada en el Tratado para elegir la norma que regule del contrato.

El Tratado establece como punto de conexión el lugar de cumplimiento del contrato; así lo regula su artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”. Y lo reitera en el artículo 33: “La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

En consecuencia, una compraventa internacional que se enmarca en los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo se regulará por la ley del lugar de su cumplimiento. Así lo resalta la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 22 de mayo de 2002 (C-395 de 2002). “El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la ley 40 1933, ... consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución”. Más adelante se retomará el tema del lugar de ejecución del contrato.

## **2. Normas de conflicto internas**

El último escalón que debe seguir el operador jurídico para designar la ley aplicable al contrato de compraventa internacional es utilizar la norma de conflicto interna para elegir la ley del contrato. Lo anterior significa que la norma de conflicto interna es subsidiaria, esto es, solo se procederá a su utilización cuando no pueda aplicarse la norma material uniforme (en nuestro caso la CV), y cuando la relación jurídica internacional no entre dentro del ámbito de aplicación de la norma conflictual uniforme (Tratado de Montevideo). No obstante ser una norma subsidiaria, como la CV y el Tratado de Montevideo tienen una restringida aplicación, las normas de conflicto internas colombianas no han quedado en el olvido –como si lo han hecho las normas de conflicto internas de los países miembros del Reglamento Roma I–, por el contrario, siguen vigentes y aplicables a muchas relaciones jurídicas que traspasan las fronteras.

Las normas de conflicto internas en Colombia se encuentran plasmadas en el Código Civil y en el Código De Comercio, separadas por la ya obsoleta distinción entre relaciones jurídicas de índole

mercantil y civil. Estas normas de conflicto son unilaterales, es decir, solo determinan cuándo es aplicable la ley colombiana, y no contienen reglas para establecer la ley extranjera.

Al igual que el Tratado de Montevideo de 1889, las normas de conflicto internas no establecen una regulación sobre la autonomía conflictual, el cuál debería ser el primer punto de conexión para establecer la ley del contrato, y existe –incluso en la actualidad– un debate jurídico acerca de la posibilidad o no de la validez de una cláusula en este sentido.

### *2.1. Autonomía conflictual en las normas de conflicto internas*

Que la norma jurídica permita que las partes designen de mutuo acuerdo la ley aplicable a un contrato internacional, se constituye en la piedra angular de las normas de conflicto modernas; así lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”<sup>21</sup>. Esta posibilidad se encuentra ausente en la legislación interna de Colombia, por lo cual hay que recurrir a otras disposiciones jurídicas internas e internacionales para encontrar un sustento legal que avale este Derecho.

En primer lugar se acude a los artículos 1602, 15, 16 del Código Civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se hará por los mismos contratantes o por aquellas causas legales que así lo estipulen. Así pues, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la ley que regulará su contrato internacional.

Justamente los artículos 15 y 16 del Código Civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos Derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quien renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras.

Por su parte, el artículo 16 del Código Civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo cual indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden de común acuerdo establecer cláusulas a su contrato.

---

<sup>21</sup> Considerando 11 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores disposiciones, se debe considerar que una cláusula que establezca la ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto.

De igual forma, se podría acudir a los tratados internacionales que han sido firmados pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual (Medina, 2007); tal es el caso de la Convención de México de 1994<sup>22</sup>, que en su artículo 7 establece:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

También podrá recurrirse, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que prohíba la autonomía conflictual, excepto el artículo 1328 del código de comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Pero incluso esta disposición solo establece una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano; lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de ley por fuera de esta restricción, por ejemplo, cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

Por lo tanto, la designación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional por parte de los contratantes es un acuerdo válido que no va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano.

## *2.2. Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código Civil*

El Código Civil colombiano cuenta con una norma de conflicto en materia contractual en su artículo 20:

---

<sup>22</sup> Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V).

Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.

Para un buen entendimiento de esta compleja disposición se debe establecer en primer término el lugar de ejecución del contrato. Si el contrato debe ejecutarse en Colombia, se aplicará la ley colombiana de acuerdo con el inciso 3 del artículo 20 del Código Civil. Sin embargo, si el contrato debe ejecutarse en el extranjero, en principio no se aplicaría la ley colombiana, salvo que dicho contrato afecte intereses de la nación. Para saber cuáles contratos afectan los intereses de la nación se debe atender, en primer lugar, a aquellos contratos en que la propia ley lo manifiesta de manera expresa (Aljure, 2007). Asimismo, afectan el interés de la nación los contratos que versen sobre bienes situados en el territorio colombiano, “siendo tal vez en principio obvio el de los inmuebles en los que el interés de la nación en ellos se basa en la soberanía que el Estado tiene sobre el suelo donde están edificados” (Oviedo, 2012, p.131). También cuando una disposición de orden público establezca la aplicación de la ley colombiana (Aljure, 2007). En conclusión, se aplicará la ley de Colombia a aquellos contratos internacionales que deban cumplirse dentro del territorio nacional o cuando dichos contratos afecten los derechos o intereses de la nación (Aljure, 2007).

### *2.3. Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código de Comercio*

El Código de Comercio tiene establecida una norma de conflicto particular para el contrato de agencia comercial en el artículo 1328: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”, y una general para los demás contratos ubicada en el artículo 869: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley Colombiana”.

La ley aplicable al contrato internacional de compraventa naturalmente es identificada mediante el artículo 869. El punto de conexión de esta norma de conflicto es el lugar de ejecución de los contratos –en este caso mercantiles–, pero al ser una norma de conflicto unilateral solo determina cuándo aplica la ley sustantiva colombiana; de esta manera, si el contrato internacional debe cumplirse dentro del territorio nacional, serán las leyes colombianas las que regularán el fondo del asunto, basados en el principio *lex loci solutionis*. La pregunta que surge aquí es: ¿si el contrato es ejecutado en el extranjero también se aplica la ley del lugar de su ejecución? La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que, como lo expone Medina (2007),

“debe entenderse de manera genérica que será aplicable la ley del país de la ejecución del contrato, ésta debe ser la interpretación adecuada de este artículo, ya que no se ha producido la bilateralidad de la norma por vía jurisprudencial” (pp. 371-382). Adicionalmente, porque el juez colombiano necesariamente debe establecer la norma sustantiva mediante el uso la norma de conflicto, y al no aplicarse la ley colombiana, porque el contrato no se ejecuta en el país, el operador jurídico debe usar la ley del país donde se ejecuta el contrato, y esto lo hace mediante la interpretación extensiva de la norma de conflicto unilateral.

#### 2.4. El lugar de ejecución del contrato

Las normas de conflicto colombianas (internas e internacionales) contienen el punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”. Este punto de conexión no presenta dificultad cuando todas las obligaciones contractuales deben ser cumplidas en un solo país, pues la ley material de ese país regulará el contrato. Sin embargo, la realidad actual refleja que es muy común que las distintas obligaciones de un contrato internacional sean ejecutadas en países distintos, y si cada una de ellas se debe regir por el lugar de su ejecución, se llegaría a una excesiva fragmentación del contrato. Adicionalmente, existe otra dificultad, y es que en algunos casos el lugar de ejecución de las obligaciones puede no venir determinado en el contrato (Carrillo, 1994, p. 35). Por esta razón, este punto de conexión debe ser considerado como impreciso y obsoleto.

No obstante, varias soluciones se han planteado para establecer la ley aplicable por medio de este punto de conexión, concretamente cuando las obligaciones se llevan a cabo en distintos países:

- a. Una primera solución es regular el contrato por la ley del lugar de ejecución de la obligación incumplida (Aljure, 2000). Así, si en la compraventa internacional la obligación del pago del precio y de entrega de las mercancías se deben cumplir en países diferentes, y el demandante reclama incumplimiento en la entrega de las mercaderías, la ley que regulará el contrato será la del país donde se debía cumplir dicha obligación. Esta solución presenta una enorme dificultad en materia de previsibilidad de la ley aplicable, pues las partes solo conocen la ley de su contrato cuando es incumplida una de las obligaciones; asimismo, la dificultad volvería cuando varias obligaciones son reclamadas y ellas debían cumplirse en países distintos.
- b. La segunda posibilidad es que el contrato se rija por varias leyes (Oviedo, 2012, p. 145). Esta opción perfectamente posible en el DIPr. no solamente persiste en los problemas de previsibilidad, sino implica que el juzgador deba fraccionar el contrato para aplicar una ley nacional diferente a cada parte del mismo.
- c. Otra opción sería que el contrato sea regulado por la ley del lugar de ejecución de la obligación que motivó a las partes a celebrar su contrato (Medina, 2007). Esta solución resulta bastante compleja, pues atiende a la teoría de la causa en el ordenamiento jurídico colombiano (causa impulsiva y determinante), siendo este el móvil subjetivo que induce al contratante a celebrar

el acto jurídico. Teniendo en cuenta que el contrato de compraventa es un contrato bilateral con obligaciones principales bien definidas para cada contratante, es muy improbable que se presente una motivación conjunta que recaiga exclusivamente en una de las obligaciones.

- d. La mejor solución es regular el contrato por la ley del país en donde se ejecuta la prestación característica<sup>23</sup>.

La teoría de la prestación característica<sup>24</sup> fue solidificada por Schnitzer, quien consideraba que todas las relaciones jurídicas contractuales poseen una prestación que los caracteriza desde su interior, y que cuenta con una valiosa fuerza localizadora. En un contrato unilateral, la prestación característica será la única existente; por su parte, en los contratos bilaterales, la obligación que no constituya el pago de dinero será la prestación que caracterice el contrato (Carrillo, 1994, p. 35). Schnitzer (1955) planteaba que en la mayoría de contratos privados una de las partes actuaba ejerciendo su profesión<sup>25</sup>, y que la contraparte tan solo pagaba por recibir esos bienes o servicios, es decir, era el cliente.

De esta forma entendía que como el cliente no está ejerciendo su profesión cuando celebra el contrato (Schnitzer, 1955; Carrillo, 1994) y su contraparte sí, es fácil entonces identificar que solo uno de los contratantes ejerce una función vital desde el punto de vista económico; razón por la cual debe considerarse que la prestación llevada a cabo por esta parte es el sello distintivo del contrato, es decir, es el prestador característico (Ancel, 2002, p.156).

En consecuencia, para solucionar los inconvenientes que trae la decisión del legislador colombiano al adoptar el punto de conexión “lugar de ejecución de las obligaciones”, es conveniente entonces interpretar que la norma jurídica sustancial del país donde se lleve a cabo la prestación característica del contrato será la que regule la relación jurídica. Esta interpretación contribuye a aumentar la previsibilidad de la *lex contractus*, pues las partes de antemano conocen la ubicación donde se llevará a cabo la prestación característica, y serán conscientes de que dicha ley regirá su contrato, de esta manera, podrán adaptar su comportamiento contractual a dicha legislación.

El contrato de compraventa internacional es, sin lugar a dudas, el tipo contractual que menos problemas presenta a la hora de identificar el prestador característico, pues no existe duda de

---

<sup>23</sup> Sobre la teoría de la prestación característica puede consultarse también: Martínez (2013, p.30).

<sup>24</sup> “La génesis de la teoría de la prestación característica se puede encontrar en los planteamientos que hiciera Munheim en 1887, al establecer que una sola ley se aplicara para resolver los conflictos referentes a los contratos internacionales. *Vid.* Martínez (2013, p.30).

<sup>25</sup> En palabras del propio Schnitzer (1955, p. 479). “Dans la vie économique, c’est toujours une seule partie qui, concluant un contrat, exerce sa fonction dans la vie économique: elle vend, elle transporte, elle assure, elle donne du crédit, elle emmagasine, etc.”

que “la prestación que caracteriza al contrato es precisamente la venta o entrega de la mercadería”<sup>26</sup>, ya que la principal obligación del comprador es realizar el pago. Por tanto, el juez colombiano que deba identificar la ley aplicable al contrato de compraventa internacional utilizando las normas de conflicto internas, o el Tratado de Montevideo de 1889, deberá utilizar la ley del lugar de entrega de las mercancías.

Esta teoría ha sido utilizada en la Unión Europea por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales<sup>27</sup>, donde se estableció a manera de presunción, como un límite al punto de conexión vínculos más estrechos:

Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

Sin embargo, aquí se tenía en cuenta no el lugar de ejecución de la prestación característica, sino la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo dicha prestación, lo que aumentaba la previsibilidad de la ley aplicable y beneficiaba enormemente al prestador característico, pues podía regular todos sus contratos con su propia ley.

El sucesor del Convenio de Roma de 1980, el Reglamento Roma I, también incluyó la teoría de la prestación característica, sin embargo, ya no tiene ese rol principal en la elección de la ley aplicable al contrato internacional que ostentaba en el Convenio de Roma de 1980, pues ahora tiene un carácter residual. En efecto, solo se aplica la teoría de la prestación característica

---

<sup>26</sup> SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003.

<sup>27</sup> Múltiples sentencias analizaron la prestación característica en el contrato de compraventa internacional; algunas de ellas: *William Grant & Sons International Ltd vs. Marie Brizard Espana S.A.*, Court of Session (Outer House), 19 January 1998; en un contrato de compraventa de cabezas de ganado entre una empresa alemana (vendedora) y una empresa española (compradora) se alega incumplimiento en la obligación de pago, y la contraparte aduce inconformidad en la mercancía. El Tribunal analiza la prestación característica definiendo que en la compraventa la constituye la entrega, por lo tanto define que la ley aplicable es la alemana, finalmente aplica la CV al ser los dos Estados parte en dicho Convenio, SJPI, San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007; SAP Barcelona, 7 de junio de 1999: Se trataba de una compraventa mercantil de tejidos celebrada entre una empresa española con domicilio en España como vendedora, y otra de nacionalidad inglesa con domicilio en el Reino Unido como compradora; se reclama judicialmente el pago del precio. El Tribunal expone: “Tratándose de una compraventa, la prestación más característica es la entrega de la cosa, realizada por la actora y vendedora, cuya administración central se hallaba y se halla en la ciudad de Barcelona. Luego el derecho aplicable en virtud del cual se ha de determinar el lugar del pago es el derecho español”; SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010; con una opinión diferente sobre la prestación característica en el contrato de compraventa: SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

cuando no es de aplicación el apartado 1 del artículo 4, el cual designa de manera rígida la ley aplicable a ocho contratos, incluido el de compraventa<sup>28</sup>. Por esto, esta teoría ocupa el segundo escalón en la identificación de la ley aplicable en el Reglamento de la siguiente manera:

Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

Es importante reiterar que al igual que en el Convenio de Roma, el Reglamento Roma I no atiende al lugar de ejecución de la prestación característica, sino al de la residencia habitual de dicho prestador.

Es una prueba más de la obsolescencia del punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”, que debe ser modificada de las normas de conflicto colombianas.

## 6. CONCLUSIONES

Establecer la ley aplicable al contrato internacional de compraventa de mercaderías requiere que el operador jurídico colombiano realice un análisis por etapas que se van descartando una a una. Estas etapas no se pueden dejar al arbitrio del juzgador; por el contrario, hacen parte de la teoría jurídica que el DIPr. ha desarrollado desde antaño, y que tienen un solo objetivo: regular el contrato internacional por medio de la ley que otorgue una solución más justa.

La primera tarea que ha de enfrentar el juez es comprobar que la relación jurídica sometida a su juzgamiento encuadre dentro del concepto de compraventa. Esta labor –en términos generales– no representa mayor dificultad. En efecto, el tipo contractual compraventa no posee grandes problemas respecto de su calificación; esencialmente porque las obligaciones principales llevadas a cabo por los contratantes son muy puntuales y, de esta manera, permiten distinguir esta relación jurídica de otras similares.

La segunda etapa que debe seguirse no es otra que establecer si el contrato de compraventa es internacional. Para esto, se debe utilizar la teoría del elemento extranjero, pues es la que mejor se adapta al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas.

---

<sup>28</sup> Artículo 4.1.a Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea. “El contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual...”.

Establecido que el contrato de compraventa es internacional, el juzgador colombiano debe estudiar, en tercer lugar, si el vínculo jurídico se inscribe dentro de los ámbitos de aplicación de la CV. Para esto –y antes de abordar el estudio del ámbito de aplicación material–, se debe determinar si la Convención aplica de manera directa o indirecta. La CV solo aplicará de manera directa si los contratantes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y estos Estados son parte de la CV al momento de la conclusión del contrato. Si se cumplen con estos dos requisitos (y los demás requisitos de los artículos 1-6 CV), el juez obligatoriamente deberá utilizar este cuerpo jurídico para fallar de fondo.

Por su parte, la aplicación indirecta de la Convención se abre paso cuando no se cumplen los requisitos de la aplicación directa, y la norma de conflicto del foro establece como ley aplicable la ley de un Estado parte de la CV. Este evento también hace que el juzgador deba de manera obligatoria utilizar la CV para fallar de fondo.

No obstante, aunque se verifique la aplicación directa e indirecta de la CV, el juez debe comprobar que no exista una exclusión expresa o tácita (total o parcial) de la CV de acuerdo con su artículo 6; por esta razón, la inexistencia de un acuerdo de exclusión es también un requisito de aplicación de la CV.

Descartada la aplicación de la CV a la compraventa internacional, el operador jurídico debe, en cuarto lugar, identificar la ley aplicable mediante el uso de la norma de conflicto.

Las normas de conflicto colombianas son obsoletas, no están adaptadas al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas, establecen puntos de conexión imprecisos y poco previsibles, son normas de conflicto unilaterales que complican la elección de la ley cuando el contrato no se rige por la norma nacional, no regulan la autonomía conflictual, entre otros muchos aspectos negativos. Por tal motivo, se hace inminente una ley de Derecho internacional privado interna que corrija estas y otras falencias que se constituyen en un límite a las relaciones jurídicas que traspasan las fronteras. Asimismo, una norma de conflicto uniforme debe ser creada y ratificada por los países de la región, dado el fracaso de la Convención de México de 1994.

Mientras esto ocurre, el juzgador colombiano debe, en primer lugar, confrontar el contrato de compraventa internacional con los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889. Si descubre que este Tratado es de aplicación, debe verificar si las partes hicieron uso de su autonomía conflictual. Como el Tratado no regula la posibilidad de que las partes elijan de mutuo acuerdo la ley de su contrato, la interpretación que debe prevalecer es aquella que indica que si el ordenamiento jurídico elegido permite la autonomía conflictual, dicho acuerdo es perfectamente válido, y por lo tanto, el contrato deberá regularse por la ley elegida por los contratantes.

Si las partes no hicieron un pacto de elección de ley, el Tratado de Montevideo establece que la ley del contrato será la del lugar de su ejecución.

Si el contrato de compraventa internacional no puede ser regulado por el Tratado de Montevideo de 1889, el juez debe elegir la ley del contrato por medio de las normas de conflicto internas.

Así como en el Tratado de Montevideo, el operador jurídico debe, en primer lugar, descubrir si existe un pacto de elección de ley aplicable. Como las normas domésticas colombianas tampoco regulan la autonomía conflictual, se debe acudir a disposiciones internas e internacionales para encontrar un sustento jurídico que posibilite dicha elección. Lo cierto es que la interpretación que debe prevalecer es aquella que permita que las partes elijan de mutuo acuerdo la ley de su contrato internacional.

Si las partes no hicieron uso de su autonomía conflictual, se deben utilizar las normas de conflicto consagradas en el Código Civil o en el Código de Comercio, puesto que el ordenamiento jurídico colombiano aún mantiene la pretérita distinción entre contratos civiles y mercantiles. Si el contrato es civil, el punto de conexión principal es el lugar de ejecución del contrato y la afectación de los derechos o intereses de la nación. Por su parte, el Código de Comercio trae también como punto de conexión el lugar de ejecución del contrato.

Como en el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Civil y el Código de Comercio de Colombia coinciden en el punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”, y este es un punto de conexión que presenta enormes problemas de previsibilidad de la ley aplicable, principalmente cuando las prestaciones deben ejecutarse en países distintos. La interpretación que debe prevalecer es aquella que indica que el contrato de compraventa internacional debe ser regulado por el ordenamiento jurídico del país donde se ejecuta la prestación característica del contrato, y esta prestación no es otra que la entrega de la cosa. Por lo tanto, la ley que regulará el contrato internacional de compraventa será la del lugar de ejecución de la obligación de entrega del objeto contractual.

## 7. REFERENCIAS

- Aljure, A. (2000). La regla de conflicto en el contrato internacional. *Revista de derecho privado*, 25, 47-63.
- Aljure, A. (2007). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En F. Mantilla y F. Ternera (Dir.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 351-370). Bogotá: Legis.
- Ancel, M. (2002). *La prestation caractéristique du contrat*. Paris: Economica.
- Calvo, A. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.

- Calvo, A., Carrascosa, J. (2011). *Derecho Internacional Privado II*. Granada: Comares.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (2016). *Derecho Internacional Privado I*. Granada: Comares.
- Carrascosa, J. (2006). Configuración básica del contrato internacional. En A. Calvo y J. Carrascosa (Dir.), *Curso de contratación internacional* (pp. 73-134). Madrid: Colex.
- Carrascosa, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid: Colex.
- Carrillo, L. (1994). *El contrato internacional: la prestación característica*. Bolonia: Real Colegio de España.
- Dicey, A., Morris & J. Collins, L. (2012). *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws I*. London: Sweet & Maxwell.
- Giuliano, M. y Lagarde, P. (1992). *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (DOCE, n.º 327).
- Martínez, W. (2013). El rol de la Teoría de la prestación característica en la determinación de la ley aplicable al contrato internacional en el Reglamento 593/ 2008 de la Unión Europea (Roma I). *Revista General de Derecho Europeo*, 30, 1-33.
- Medina, H. (2007). La ley aplicable al contrato. En F. Mantilla y F. Ternera (Dir.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 371-382). Bogotá: Legis.
- Mistelis, L. (2011). Sphere of application. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales (Eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 21-99). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Oviedo, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law -Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 21, 117- 157.

## JURISPRUDENCIA

- Appellate Court Koblenz, Germany, 17 September 1993. Computer chip case.
- Corte Constitucional, Colombia. Sentencia n° 529/00 de 10 de mayo de 2000.
- Court of Session (Outer House) 19 January 1998. William Grant & Sons International Ltd vs. Marie Brizard Espana S.A.
- District Court Arnhem, Netherlands, 30 December 1993. Nieuwenhoven Veehandel vs. Diepeveen.
- District Court Pavia, Italy, 29 December 1999. Tessile vs. Ixela.
- District Court Zug, Switzerland, 21 October 1999. PVC and other synthetic materials case.
- Hamburg Arbitration proceeding, Germany, 21 March 1996. Chinese goods case.
- San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007.
- SAP Barcelona, 7 de junio de 1999.

SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003.

SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010.

SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

Schnitzer, A. (1955). La loi applicable au contrat. *Rev. crit. DIP*, 459-484.

Supreme Court, Austria, 11 February 1997.

Tribunal Padova Italia, 25 February 2004, in *Giur. it.* 2004, 1405, Agricultural products case.

Tribunal Padova Italia, 31 March 2004, in *Giur. merito* 2004, 1065. Pizza boxes case.

Tribunal Vigevano Italia, 12 July 2000, in *Giur. it.* 2001, 280. Rheinland Vertsicherungen vs. Atlarex.

Tribunale di Rimini, 26 November 2002. Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.