

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**LA FALTA DE CONFORMIDAD Y EL DERECHO DE CONSUMO: UNA
PUERTA ABIERTA A LA APLICACIÓN DEL EFECTO ATENUADO DEL
ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COLOMBIANO**

**Tesis para obtener el título de Abogado
Presentada por:**

Juliana Téllez Wilches

**Directores:
Maximiliano Arango Grajales
Francisco Ternera Barrios**

Bogotá D. C., de 2015

En especial agradecimiento a mis padres, José Manuel y Patricia; Y a mis hermanas, Mariana y Manuela, por su apoyo incondicional. A mis directores, Doctores Maximiliano Arango Grajales y Francisco Ternera Barrios, por su confianza en mis capacidades y su valiosa guía. A mis amigos Valentín Vega, Paola Vélez y Ángela Pulido por sus maravillosos aportes y largas horas de compañía.

Índice

INTRODUCCIÓN	4
A. Planteamiento	4
B. Problema jurídico	7
C. Aproximaciones generales.....	8
CAPÍTULO I: LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	22
A. Concepto de Falta de Conformidad.....	23
B. La responsabilidad en la Convención de Viena.....	34
i. Teoría de las esferas de control:	35
ii. Responsabilidad del Tercero Encargado	40
C. Elementos de la Falta de Conformidad.....	42
i. Elementos de la existencia de la falta de conformidad:	42
ii. Elementos de validez de la falta de conformidad:.....	53
D. Acciones conferidas a las partes por la falta de conformidad	58
i. Desde la perspectiva del vendedor:	60
ii. Desde la perspectiva del comprador:	63
CAPÍTULO II: EFECTOS RELEVANTES DE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR LOCAL	69
A. Efectos de la protección jurídica de la falta de conformidad sobre el consumidor directo	70
i. Concepto de consumidor.....	70
ii. La internacionalidad de las relaciones jurídicas.....	74
iii. Eventos en los cuales la relación de consumo trasciende al ámbito internacional	77
B. El problema de concurrencia y operatividad de la falta de conformidad	80
i. Supuestos en los que surge la falta de conformidad para proteger al consumidor local	81
ii. Elementos necesarios para que la falta de conformidad pueda proteger al consumidor	84
iii. Aplicación de la falta de conformidad por efecto atenuado como excepción al orden público internacional colombiano	86
iv. Aspectos procesales: Jurisdicción y remedios	91
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN

“Cuatro cualidades debe tener un juez: oír cortésmente, contestar con prudencia, reflexionar con cordura y decidir imparcialmente. Hoy agregamos una cualidad más: que el juez conozca algo de leyes”.

Quentin Reynolds, Sala de Jurados (Courtroom)

A. Planteamiento

La falta de pronunciamientos en Colombia frente a la Convención de Viena de 1980, la cual regula unos supuestos fácticos específicos, y excluyentes a los demás regímenes de compraventa propuestos por el ordenamiento, ha derivado en terrible incertidumbre para los contratantes que se desenvuelven en el comercio internacional. La jurisprudencia colombiana ha optado por la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio, aun cuando se configuran los presupuestos para dar aplicación a la Convención, convirtiendo este importante instrumento internacional en un completo saludo a la bandera.

Baste recordar que fue finalidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: *“prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones”*; mismo interés que adoptó Colombia al aprobar y ratificar la Convención mediante la Ley 518 de 4 de Agosto de 1999, su adhesión el 10 de Julio de 2001 y su entrada en vigor del 01 de Agosto de 2002, considerando la modernización y el desarrollo propio del comercio internacional, un elemento importante en la formación del Estado. No estando lejos de la realidad, es de vital importancia retomar entonces este instrumento para buscar dar cumplimiento dicha finalidad.

La Convención incorpora conceptos de diversos sistemas jurídicos, dado que buscó armonizar diversas instituciones. Así pues, es posible encontrar de un lado, figuras como la resolución y suspensión anticipada del contrato, propias de un sistema de *Common Law*. Y

por otro, la ejecución forzosa del contrato como un tema cercano al derecho continental. Dentro de la multiplicidad de conceptos e instrumentos jurídicos contenidos en la Convención se encuentra la falta de conformidad, un concepto que enerva los distintos vicios, defectos, y problemas que puede tener un determinado bien al ser enajenado; y que confiere al comprador una acción para resarcir el daño causado por ese defecto. Sobre este particular, baste de decir que son pocos los fallos en Latinoamérica que aluden a esta institución¹.

Por otro lado, surge en 1982 el primer estatuto de protección al consumidor en Colombia, con la expedición del decreto 3466, el cual contenía disposiciones tendientes a proteger a aquellas personas naturales o jurídicas que adquirieran bienes para satisfacer sus necesidades personales. Este decreto se estructuraba de una manera sencilla, dejando varias lagunas jurídicas, un claro ejemplo de ello, es que no previó ninguna norma alusiva a los productos defectuosos, razón por la cual el tema era tratado desde el derecho común por las

¹ En Argentina es posible encontrar los siguientes fallos:

La controversia resuelta por la Cámara nacional de apelaciones en lo comercial de Buenos Aires (sala a) el 31 mayo 2007. En calidad de parte se encontraban los señores Carlos Manuel del Corazón de Jesús Bravo Barros (demandante) y Salvador Martínez Garcés (demandado).

Providencia que es posible encontrar en: <http://www.cisgspanish.czw3om/jurisprudencia/argentina/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-de-buenos-aires-sala-a-31-de-mayo-2007/>

La controversia resuelta por Cámara nacional de apelaciones en lo comercial de Buenos Aires, el 24 Abril 2000. Las partes que componían el litigio eran el señor Alejandro Mayer (demandante) y la compañía alemana Onda Hofferle GmbH & Co (demandado).

Providencia que es posible encontrar en: <http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/argentina/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-24-abril-2000/>

La controversia presentada ante la Cámara nacional de apelaciones en lo comercial de Buenos Aires, el 21 de Julio de 2002. Las partes que componían el litigio eran La Cervecería y Maltería Paysandú S.A.(demandante) y la Cervecería Argentina S.A.(demandada)

Providencia que es posible encontrar en: <http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/argentina/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-21-julio-2002/>

En México el fallo que se encuentra es la presentada frente a la comisión para la protección exterior de México, el 29 de abril de 1996, litigio compuesto por Conservas la Costeña S.A (demandante) y Lanin S.A y Agroindustrial S.A (demandada).

Providencia que es posible consultar en: <http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/mexico/compromex-29-abril-1996/>

El caso cubano al que se alude en el presente trabajo es aquel presentado frente al tribunal supremo de lo popular (Sala de lo económico) el día 16 de Julio de 2008, y en el cual las partes que componían el litigio eran ISTATEL TELECOM, compañía establecida en Sudáfrica, contra ETECSA, COMPAÑÍA establecida en Cuba.

Controversia que es posible encontrar eun: <http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/cuba/#>

figuras clásicas de la acción resolutoria de los contratos (arts. 1546 C.C. y 870 C.Co.), la acción del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1914, 1917 y 1925 C.C. y arts. 1923, 1926 C.C. 938 C.Co.) y eventualmente en el derecho comercial la garantía del buen funcionamiento (art. 932 C.Co.).² Sin embargo, la necesidad de una regulación se hace evidente, y el tema de la responsabilidad por productos defectuosos empieza a tomar fuerza desde la jurisprudencia³.

Estos vacíos legales se vieron ampliamente suplidos en el 2011, con el nuevo estatuto del consumidor, Ley 1480, la protección por parte del legislador se amplía de tal forma que muchas de las disposiciones que se regían por el código de comercio deberán analizarse ahora a la luz de este nuevo estatuto, el cual ostenta de conformidad a su artículo 4, un carácter de orden público. Tal es el caso del producto defectuoso que resulta de una compraventa en la cual una de las partes es un consumidor.

Así, la coexistencia de la responsabilidad por productos defectuosos contenida en la Ley 1480 de 2011 y la falta de conformidad consagrada en la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, implica necesariamente una incertidumbre en aquellos eventos en los cuales se celebra una compraventa internacional de mercaderías, en la cual al comprador el ordenamiento jurídico ha otorgado una doble calidad en la relación jurídica: en primer lugar, es considerado consumidor por la ley 1480; Y, es por otro lado un comprador internacional según lo establecido en el a ley 518 de 1999. De lo cual surge el interrogante que pretende resolver este texto: ¿Cuál es la acción pertinente a ejercer, cuando el bien objeto de la compraventa ostente un determinado defecto en estos eventos?

² “[...] la garantía de buen funcionamiento parte de la base de que la cosa no funciona correctamente durante el término previsto, sin que sea necesario establecer que el defecto existía al tiempo de la venta o que era oculto. Adicionalmente, no es necesario que el vicio sea tan grave que el comprador no hubiese comprado la cosa si lo hubiese conocido o la hubiese comprado por un precio mucho menor, basta que afecte el funcionamiento de la misma”. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag. 258.

Ver, Fallo del 11 de septiembre de 1991, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. Magistrado Ponente Alberto Ospina Botero.

³ Ver, Fallo del 30 de abril de 2009, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena

B. Problema jurídico

De lo anterior se hace necesario analizar cómo dos regímenes jurídicos que son, en esencia y por definición, excluyentes y paralelos, encuentran supuestos fácticos donde es inevitable su confluencia. En estos eventos, se evidencian problemas que resultan en una indeseable inseguridad jurídica, pues las herramientas que se otorgan a las partes que integran la relación, tanto comercial internacional como de consumo interno, resultan insuficientes para satisfacer de manera simultánea y suficiente la finalidad prevista por ambos instrumentos jurídicos. Por un lado, a nivel internacional, se propende por un comercio fluido y práctico, encontrándose en una extraña dicotomía al yuxtaponerse con la finalidad proteccionista del estatuto del consumidor.

Sin embargo, encontrar los puntos en los que se yuxtaponen los instrumentos, y los problemas que de ello resulta, solo componen la punta del iceberg, pues es importante recordar que el comercio internacional ha buscado excluir el concepto de consumidor de sus transacciones. Lo cual era factible en un inicio, donde los supuestos contenidos en la Convención de Viena sólo se daban efectiva, o cuando menos mayoritariamente, entre comerciantes; Pero los tiempos cambian y la realidad hoy es otra muy distinta, estamos en una época en la cual, gracias al proceso de globalización y al desarrollo tecnológico, el consumidor está a un *click* de celebrar una compraventa internacional. Es menester entonces, que el derecho, en su función social, reconozca el nacimiento del consumo como un arquetipo de contratación internacional; Para lograr así la efectiva protección al consumidor, partiendo de la aplicación de instituciones propias del derecho internacional privado.

No obstante, la Convención de Viena, en una postura un poco desactualizada, busca excluir el consumo; aunque no lo hace totalmente, pues lo que en efecto se excluye son aquellos bienes que se compran para uso personal o doméstico⁴, que como se explicará posteriormente, no necesariamente implica una relación de consumo. Adicionalmente la norma incorpora la siguiente una excepción: *“cuando el vendedor no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento que las mercaderías se compraban para ese uso”*. De

⁴ Ver, artículo 2 literal a Ley 518 de 1999

esta manera, la Convención permite que la idea de un consumidor se filtre, o bien por excepción, o bien por entenderse que la relación de consumo no es producto de la finalidad del bien. Por otro lado, el estatuto en una visión un poco más conforme a la realidad, aunque algo idealista al desconocer la Convención, propone su aplicación para productos nacionales e importados⁵ abriendo, sin querer, el camino para poder introducir criterios internacionales, como herramienta de protección a este nuevo consumidor internacional.

Teniendo como finalidad este texto encontrar cuál es la acción pertinente para para el consumidor que, sin darse cuenta, celebra un contrato internacional, y de esta compraventa el bien objeto del contrato ostenta un determinado defecto; En el marco de la dualidad de derechos conferida por la responsabilidad por productos defectuosos, contenida en la ley 1480 de 2011; Y, la falta de conformidad consagrada en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Es primordial entonces contextualizar al lector sobre ambas disposiciones previo abordaje del tema.

C. Aproximaciones generales

Es importante para el desarrollo de este proyecto, estudiar las diferentes circunstancias históricas, que dan origen a ambas iniciativas legislativas, así, como precisar su ámbito de aplicación. Para ello se estudiará en primer lugar la Convención de Viena de 1980, que da origen a la Ley 518 de 1999; Y, posteriormente el estudio de la Ley 1480 de 2011.

Respecto a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, surge a partir de una labor histórica en un lapso de tiempo constitutivo de varias décadas que se remontan a finales del siglo XIX. Es el producto de una serie de proyectos desarrollados en varias décadas. Como un primer origen, la Ley Uniforme sobre Ventas de Mercancías de 1905 de los Países Escandinavos (*The Sale of Goods Act* de 1893) de Gran Bretaña, posteriormente el trabajo de la International Law Association a comienzos del siglo XX en Estocolmo en 1924, que tuvo como consecuencia el proyecto de Ley Uniforme para la Unificación de la Legislación sobre Compraventa Internacional⁶.

⁵ Ver, artículo 2 inciso 3 Ley 1480 de 2011

⁶ Ver, OVIEDO ALBAN, Jorge (2008) “*Regulación del Contrato de Compraventa Internacional; Antecedentes, estructura y fuentes*”. Ed. IBANEZ. Bogotá, Colombia. Pg. 67.

Como antecedentes más próximos a la Convención de Viena de 1980, nos adentramos en el Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT- cuyas labores recaen sobre el objeto de:

*“Promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica”*⁷.

Es así, como se decidió analizar el asunto relativo a la unificación del derecho sobre compraventa internacional durante las plenarias del Comité Permanente y el Consejo Directivo en el año 1929, cuyo líder fue el jurista Ernst Rabel, lo que condujo a la preparación de anteproyectos sobre compraventa internacional durante los años 1930 y 1934⁸.

En el año 1937 tuvo lugar la creación de un comité de revisión de la ley uniforme presentada en 1934 ante el Consejo Directivo del Instituto UNIDROIT, tras lo cual, en 1939 fue aprobada dentro del proyecto de ley sobre compraventa internacional de bienes corporales muebles. Sin embargo, llegada la segunda guerra mundial, los trabajos se suspendieron, para ser retomados en 1951 durante la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional privado. Durante la misma, se procedió a examinar por iniciativa del Instituto Unidroit el proyecto de ley uniforme sobre compraventa internacional de bienes muebles⁹.

En el año 1956 se trabajó en el estudio de un anteproyecto en una comisión de juristas europeos, el cual se remitió a varios países con el fin de recibir glosas al respecto. En 1962 cuando se reunió la comisión, se decidió trabajar en dos anteproyectos relativos a la venta internacional de cosas muebles y sobre la formación del contrato, los cuales fueron examinados en el Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1964¹⁰.

Acto seguido, la Ley Uniforme sobre Formación de Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUVI) fue aprobada luego de la reunión en 1964 de representantes de 28 países. Una característica notoria de la ley uniforme, recae sobre la

⁷Ibídem Pag. 68.

⁸ Ibídem Pag 69

⁹ Ibídem Pag 69

¹⁰ Ibídem Pag 70

lejanía de la misma respecto de las reglas de derecho internacional privado de los países, para convertirse en legislación mundial, al contemplar su aplicación a los contratos que se celebren entre personas que tengan su establecimiento en lugares distintos.¹¹

Ahora bien, el proyecto de ley no tuvo acogida en los 28 países participantes en la Conferencia de la Haya de 1964, sin embargo se tiene como antecedente directo de la Convención de Viena de 1980, pues hace parte de lo que constituye “*la piedra angular de la Convención*”¹², en razón al arduo trabajo depurado respecto de las normas contentivas de las convenciones de la Haya de 1964. No obstante, se entra a estudiar la posibilidad de adoptar la convención aprobada en la Conferencia de la Haya, o trabajar en una nueva convención internacional que involucre los intereses de los países del Common Law, países socialistas y en vía de desarrollo. Siendo la segunda opción la que realmente tuvo acogida en el comité. Fue en el tercer periodo de sesiones en el año 1970 que se estudiaron los resultados, donde Colombia expresó su intención de ratificar las convenciones de 1964, y como producto de dichas reuniones, se procedió a trabajar en un proyecto de Ley Uniforme sobre compraventa internacional, que contara con la aprobación de países cuyos sistemas legales, sociales y económicos fueran distintos entre sí.¹³

Posteriormente, el anteproyecto fue aprobado, tras nueve sesiones de trabajo entre los años 1970 y 1978, el 16 de junio este último, donde a su vez, se concertó la celebración de una conferencia de plenipotenciarios llevada a cabo en Viena en el año 1980 con la participación de 62 Estados y organizaciones internacionales como el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional y el Instituto UNIDROIT. Por lo tanto, el 11 de abril de 1980 se aprobó la Convención y un protocolo relativo a las mercaderías del año 1974 y de conformidad con su artículo 99, entró en vigor el 1 de enero de 1988. Los textos auténticos de la convención se encuentran en idioma árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.¹⁴

Del surgimiento y aprobación de la Convención de Viena de 1980, se tiene que es un tratado ley o tratado normativo, de acuerdo a lo reseñado por la doctrina, cuyo objetivo recae sobre la formulación de “una regla de derecho que sea objetivamente válida,

¹¹ *Ibíd*em Pag 69.

¹² *Ibíd*em Pag 70.

¹³ *Ibíd*em Pag 71.

¹⁴ *Ibíd*em Pag 71

caracterizado por el idéntico contenido de la voluntad de todos los signatarios¹⁵. Con base en lo anterior, se destaca la diferencia entre la convención y los Tratados de Derecho Internacional Privado, los cuales “persiguen la determinación de la ley aplicable a los contratos”¹⁶. Es por esto, que la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, haciendo referencia a las soluciones internacionales frente a las diferencias entre los regímenes nacionales, ha indicado, que la primera de ellas, consiste en aplicar las normas internacionales de carácter uniforme de derecho privado, con el objeto de dilucidar cuál es la normativa que rige el contrato. Por otra parte, la segunda involucra la armonización de las normas de derecho material en el ámbito internacional, que para el caso concreto resulta ser la convención de las Naciones Unidas, la norma pertinente respecto a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.¹⁷

De lo anterior, se colige que en la estructura que edifica la Convención de Viena, se establezcan reglas uniformes para el contrato de compraventa internacional, que de conformidad con los artículos 1 al 6, se denotan parámetros aplicables dentro del desarrollo de la Convención. Lo anterior, no es óbice para afirmar que el Convenio de Viena contempla todos los asuntos y situaciones que pueden surgir de un contrato de dicha naturaleza, por tanto, es menester referirse al régimen de fuentes, por cuanto el contrato se rige por disposiciones y reglas que podrían no encontrarse dentro de la Convención de Viena, y naturaleza es de carácter supletivo.¹⁸

La Convención adquiere gran importancia al intentar unificar el Derecho Privado a nivel internacional, particularmente, el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Es por esto, que desde varios aspectos se aborda esta importancia que resulta imprescindible en el plano internacional, donde el primero de ellos es la suscripción y ratificación de la misma por países de los diferentes continentes.¹⁹

Es así, como se ha determinado que el contrato de compraventa internacional dentro de la Convención de Viena, como “punto de encuentro entre las diferentes familias jurídicas

¹⁵ Ibídem Pag 71

¹⁶ Ibídem Pag 71

¹⁷ Ibídem Pag 72.

¹⁸ Ibídem Pag 72.

¹⁹ Ibídem Pag 73.

existentes”²⁰ las cuales se decantan en los sistemas del *common law* y el *civil law*. Por esta razón, la Convención se estructuró por juristas provenientes de varios países y familias jurídicas, lo que condujo a que allí “se contemplara en forma conjunta los intereses de los países del *Common law*, de países en vía de desarrollo y países socialistas”.²¹

En lo concerniente a la función de la Convención de Viena, se busca “regular de manera uniforme la operación típica del tráfico de mercancías”²². Es por esto, que es viable agilizar las transacciones y sobrepasar las barreras impuestas por las diversos y disimiles criterios de las legislaciones nacionales, sin dejar a un lado, el hecho de que las dos terceras partes del mundo han aceptado la convención como un conjunto de reglas unificadoras que regulan el comercio internacional, lo que facilita la agilidad en las operaciones, que se predicen de los protagonistas de las transacciones en el ámbito internacional, junto con la seguridad jurídica que las mismas requieren, al contar con reglas uniformes que lo permitan.²³

La Convención ingresa al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 518 de 1999, sobre la cual, la Corte Constitucional se pronunció respecto de su exequibilidad a través de la sentencia C-529 de 2000. Por medio del decreto 2826 de 2001 fue promulgada y entró en vigor el 1 de agosto de 2002, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 99.²⁴

Conforme a lo anterior, es importante hacer referencia a la constitucionalidad de la Convención en Colombia, pues se observa que la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, son postulados que se encuentran consagrados en el artículo 150, numeral 16 de la Constitución Política de Colombia, y deben constituir la base de la integración económica de los Estados. La Corte observa que al lograr unificar la normativa sobre la compraventa internacional de mercaderías, se permite a los particulares que se encuentran ubicados en

²⁰Ibídem Pag 73.

²¹ Ibídem Pag 73.

²² Ibídem Pag 76.

²³ Ibídem Pag 76.

²⁴ Ver, ESPINOSA QUINTERO. Leonardo. En *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana. Pag 460

distintos Estados, comercializar bienes, lo que podría asegurar una mejor calidad de vida de los ciudadanos de los Estados donde se residen las partes que realizan tales negocios.²⁵

De lo anterior, en la exposición de motivos el Gobierno expresó en los siguientes términos:

“En desarrollo de este tipo de tratados se intensifica el intercambio comercial entre las partes, y aumenta, en consecuencia el número de negocios y actos jurídicos internacionales que celebran los particulares dentro de ese marco jurídico previamente determinado. (...)

(...)La realidad y la práctica internacional, llevaron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese considerado como uno de aquellos temas que requería, de una regulación uniforme que se adaptase a las necesidades del comercio internacional y que a la vez pudiesen gozar de una aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo.”²⁶

Fue la convención entonces la que suplió dichas necesidades dentro de un marco de relaciones económicas internacionales, pues para el año 1994 cuarenta y cinco (45) Estados ya formaban parte de la convención.

Siguiendo la misma línea, la Corte Constitucional reconoce que la Convención no deja a un lado la autonomía de la voluntad privada, toda vez que no obstaculiza el derecho a la libertad que se tienen para contratar de acuerdo a los artículos 13,16 y 333 de la Constitución Política de Colombia. En efecto, se permite que las partes que celebran un contrato puedan excluir, total o parcialmente, la aplicación de las disposiciones respectivas, de manera tácita o en su defecto, expresa de acuerdo lo consagrado en el artículo 6 de la Convención referida, como instrumental internacional que a lo largo del escrito se decanta y se analiza.²⁷

²⁵ Ver, OVIEDO ALBAN, Jorge (2008) *“Regulación del Contrato de Compraventa Internacional; Antecedentes, estructura y fuentes”*. Ed. IBANEZ. Bogotá, Colombia Pag 78.

²⁶ *Ibíd*em Pag 79.

²⁷ *Ibíd*em Pag 79.

De igual manera, la Corte enfatiza en la necesidad de basar las relaciones contractuales entre particulares de diferentes Estados en el principio de la buena fe, dispuesto no solo en el artículo 83 de la Carta Política sino a su vez, en la convención de Viena en su artículo 60 de la siguiente manera:

“En la interpretación de la presente convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”²⁸.

Principio general que se presume de conformidad con la Constitución Política, y por ello, para realizar un negocio jurídico de compraventa no se requiere que conste por escrito, de acuerdo a los parámetros que dicta la Convención de Viena. Pues en efecto, el artículo 824 del Código de Comercio, dispone que los comerciantes pueden expresar su voluntad u obligarse de manera verbal, por escrito o mediante cualquier forma inequívoca, salvo cuando una norma de carácter legal exija cierta solemnidad como requisito esencial de un negocio jurídico.²⁹

Por su parte, la normativa contentiva de la Convención de Viena, buscan promover la internacionalización de las relaciones económicas con fundamento en la soberanía nacional y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional, lo que se colige de lo dispuesto en la Convención, por cuanto el contrato de compraventa internacional de mercaderías regulado en la misma, permiten el comercio internacional de Colombia con los demás países. De esta manera, los principios y regulaciones que contiene la Convención, se adecuan a los parámetros de la Constitución Política, pues su fundamento yace en la soberanía y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.³⁰

En ese sentido, en la exposición de motivos del proyecto de ley aprobatorio de la Convención de Viena, el Gobierno establece que *“la falta de una ley uniforme en esta materia genera una incertidumbre jurídica que en ningún caso es conveniente para el*

²⁸ Ibídem Pag 78

²⁹ Ibídem Pag 81.

³⁰ Ibídem Pag 81.

*desarrollo del comercio internacional*³¹ y por ello se considera de gran importancia el proyecto, pues en el momento en el cual se apruebe y el Estado se adhiera a la Convención, “*se reducirá de manera sustancial, el problema generado por la diversidad legislativa*”,³² junto con la necesidad de la aplicación de las normas de conflictos reiteradas.

Finalmente, la Corte declara la exequibilidad de la Ley 518 de 1999, en razón a que el contenido de la Convención se adecua y se encuentra conforme a los postulados de la Constitución Política de Colombia.³³

Respecto al ámbito de aplicación, el mismo se debe entender en cinco entendidos distintos: el factor geográfico, el factor temporal, el factor material, factor de internacionalidad y el factor dispositivo³⁴. Atendiendo al factor temporal, en su artículo 100 plantea dos hipótesis al respecto, en primer lugar, solo a partir del momento en que la Convención haya entrado en vigor, la misma tendrá aplicación cuando así se hubiere dispuesto en la propuesta de celebración, de manera que si las partes en un contrato de compraventa internacional, dentro de su etapa de formación, deciden dar aplicación del Convenio, se exige que por lo menos una de ellas haya suscrito el mismo con anterioridad. En segundo lugar establece que se puede dar aplicación a la Convención a los contratos que han sido celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención, saliendo de la esfera de la etapa de formación del contrato como se estableció en la primera hipótesis.

El factor geográfico de aplicación de la Convención, se manifiesta en el momento en que la misma es aplicada cuando los establecimientos se encuentran ubicados en los Estados

³¹Ibídem Pag 81

³²Ibídem Pag 81

³³Ibídem Pag 81.

³⁴ Esta división, elegida en virtud a su exhaustividad, fue propuesta por ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. En *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana. Sin embargo, existen otras divisiones más sencillas, como por ejemplo la realizada por ALJURE SALAME, Antonio. *Ámbito de aplicación de la convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCIN)*. Bogotá, 2003, editorial Pontificia Universidad Javeriana.

distintos o cuando sean los contratantes estados parte de la Convención o cuando de forma indirecta se deduce por aplicación de normas de derecho privado³⁵.

Frente al factor material, cabe resaltar que su aplicación se limita al campo de los bienes muebles, por cuanto el concepto de mercaderías comprende únicamente bienes muebles corporales, dispuesto en la Convención, de igual forma esta aplicación ha sido reconocida doctrinariamente en donde excluyen del ámbito de aplicación de la misma a los bienes incorporeales³⁶.

El factor internacional impone la siguiente dinámica: la convención se aplica cuando las partes tienen sus establecimientos –o en últimas su residencia- en estados signatarios diferentes.³⁷

Respecto al factor material, la presente Convención no tiene aplicabilidad en las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, como se mencionó anteriormente. Por otra parte, la venta en subasta sale de la esfera de aplicación de la Convención, en razón a que hasta la etapa de adjudicación del bien hay un desconocimiento de una de las partes dentro de la venta que es el comprador.³⁸ También es inaplicable la Convención para el caso de las ventas judiciales debido a que las normas que regulan este tipo de ventas son de carácter imperativos dentro de cada legislación interna. Por esta misma razón también se excluyen las ventas de valores mobiliarios, títulos y en general toda clase de bien incorporal.³⁹ Es claro, así mismo, que sobre la venta de buques, aeronaves y embarcaciones también recae la regla de exclusión de la presente Convención,

³⁵ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana

³⁶ CALVO CARAVACA, A.L., “artículo 1” en Díez Picazo y Ponce de León, L., *La Compraventa Internacional de mercaderías*, comentario de la convención de Viena, Madrid, Cívitas. 1998, pag.48; Oviedo Albán, Jorge. *Aplicación material... cit... Recogido el día 17 de septiembre de 2008: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/8:oviedo.pdf.*

³⁷ También la misma ha sido aplicada por los tribunales cuando las normas de derecho internacional privado remiten a la ley del estado parte de la Convención.

³⁸ Ver, ALJURE SALAME, Antonio. *Ámbito de aplicación de la convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCIN)*. Bogotá, 2003, editorial Pontificia Universidad Javeriana Pag. 12

³⁹ Ver, ALJURE SALAME, Antonio. *Ámbito de aplicación de la convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCIN)*. Bogotá, 2003, editorial Pontificia Universidad Javeriana Pag. 12

en el entendido que en algunas legislaciones estos deben ser sometidos a registro y en otras no.⁴⁰

Por demás, la Convención, como la mayor parte de las disposiciones legales contractuales, tiene un carácter eminentemente dispositivo (art. 16 C.C.), es decir, que su aplicación puede ser total o parcial, de conformidad a la voluntad de las partes al respecto; O cuando por los usos que las partes empleen, se entienda que las normas tienen un alcance distinto. Salvo en aquellos eventos en que la misma norma se entienda de obligatorio cumplimiento por haberse entendido la convención como ley aplicable. Una vez analizada la Convención, pasemos a abordar los mismos temas respecto del Estatuto.

El derecho de consumo, encuentra sus orígenes en concepciones económicas, partiendo del modelos que establecen la relación en el mercado entre aquel entre que profiere la oferta de bienes y servicios (productor o proveedor) y aquel ente del cual emana la demanda de los mismos (consumidor o usuario). Esta concepción económica, no tardó en consolidarse en un fuerte movimiento social, partiendo de la situación de indefensión en la que se encontraba el consumidor por su ignorancia del mercado y el desconocimiento de derechos propios a su condición por parte del ordenamiento. Este movimiento surge inicialmente en Estados Unidos cerca de 1900, pero se ve con real fuerza tras la post guerra en 1945. La famosa frase de John F. Kennedy en 1962 “*Consumidores somos todos*” tuvo fuerte acogida, y dio lugar para que los ordenamientos alrededor del mundo regularan con propiedad esta relación económico-social, reconociendo la existencia de una asimetría y ha propendido por su reequilibrio mediante la expedición de elementos jurídicos, en su mayoría con carácter de orden público y característicamente proteccionistas⁴¹.

Esta misma necesidad ha sido reconocida también por la jurisprudencia colombiana:

“El desarrollo y evolución de la industria, la producción en serie, la masificación de las relaciones jurídicas y económicas, el mercadeo y la

⁴⁰ ESPINOSA QUINTERO. Leonardo. *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana. Pg. 13

⁴¹ Ver, VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>. Pag 307

distribución comercial, entre otros factores, han sido determinantes para el surgimiento de una disciplina de orientación tuitiva que se ha denominado Derecho del Consumidor o, para otros, del Consumo, esencialmente caracterizada por regular lo que concierne a los consumidores y a las relaciones de consumo⁴²”.

Ahora bien, en Colombia el primer instrumento jurídico que reconoce la existencia del consumidor es el Decreto 3466 expedido por el presidente Belisario Betancur el 3 de diciembre de 1982; En uso de sus facultades extraordinarias en estado de excepción. El Decreto tenía como objeto “*normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores*”. Sin embargo, el decreto ostentaba en sí mismo grandes vacíos legales, empezando por la vaguedad en su del concepto de consumidor; Adicionalmente carecía de fundamento democrático y no se ceñía cabalmente a las nuevas políticas constitucionales.

Por estas razones surge en el 2011, con la ley 1480, el nuevo Estatuto del Consumidor, que guarda una asombrosa similitud la directiva 85/374/CEE del Consejo de la Unión Europea, expedida el 25 de Julio de 1985; Y que responde a un contexto distinto, pues surge en el marco de un comercio electrónico y de un mercado internacional; Buscando garantías para atender a los derechos de los consumidores en las relaciones suscitadas en un mundo globalizado, con mecanismos efectivos y eficientes que procuren la efectiva protección de sus derechos. De conformidad a la exposición de motivos realizada por el Congreso, esta ley tiene como objetivo principal actualizar el Decreto 3466 de 1982, y adecuar los propósitos de protección al consumidor a las nuevas políticas constitucionales devenidas de la Carta Política de 1991, teniendo como punto de partida el artículo 78 de la misma⁴³.

⁴² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 5000131030011999-0442. Mayo 3 de 2005. MP César Julio Valencia.

⁴³ *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.*

El Estatuto amplía el marco de protección al garantizarle el acceso a los consumidores a una información adecuada, incluyendo la publicidad, la cual adquiere un papel trascendental, pues a través de ella el individuo determina se crean un móvil de contratación para el consumidor. También es fundamental la concepción de consumidor medio, la educación del consumidor con el propósito de generar un mejor nivel y con condiciones de desequilibrio inicial menores, así como la libertad de asociación entre consumidores, que cumple un propósito similar al de la educación pero en un marco de colaboración y refuerzo de instituciones, que ayuda a combatir las ventajas de los grandes productores de manera eficiente y efectiva. Igualmente, se incluye una protección reforzada en materia de niños, niñas y adolescentes, con el fin de proteger a población aún más vulnerable y con mayores problemas de desigualdad.

El Estatuto del consumidor tiene un ámbito de aplicación, que ha de analizarse desde una perspectiva similar a la cual se estudió la aplicación de la Convención. Así pues, se estudiará el factor territorial, temporal, material e imperativo.

La territorialidad del estatuto, las normas de protección al consumidor en Colombia ostentan un carácter puramente nacional, es decir, su aplicación en razón del criterio de territorialidad , salvo disposición en contrario, son de obligatorio cumplimiento solamente para aquellos productores o proveedores que se encuentren en territorio colombiano, así lo manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio: “[...] si los productores, distribuidores o expendedores se encuentran se encuentran en territorio de otro estado, no estarán sometidos a las normas contenidas en la ley 1480 de 2011 o decreto 3466 de 1982 (dependiendo de la fecha en la que se dio la relación de consumo), salvo estipulación expresa en contrario ”⁴⁴

Respecto al factor material, el Estatuto enmarca, con un carácter poliédrico⁴⁵, “las disposiciones aplicables a las relaciones de consumo, las cuales se presentan en relación con quienes adquieren un bien o servicio, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica

⁴⁴ Concepto del 17 de Octubre de 2012, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. 12-150854-00001-0000

⁴⁵ Ver, Concepto del 05 de Abril de 2013, Superintendencia de industria y Comercio. Rad. 13-040240-00002-0000

[...]en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.⁴⁶”

De lo anterior se deduce, que no es el único instrumento que propende por la protección del consumidor; Existen en el ordenamiento otros instrumentos que aplican de forma específica sectores económicos, tal es el caso de la ley 1328 de 2009 (Estatuto del consumidor financiero), o el Reglamento Aeronáutico Colombiano, RAC, No. 3 (Disposiciones que regulan los derechos y obligaciones de los usuarios y de los prestadores del servicio aéreo)

De su factor imperativo, es relevante recordar que el Estatuto ostenta un carácter de orden público y sus normas son de obligatorio cumplimiento, es decir, que cualquier estipulación que se pacte en su contra se tendrá por no escrita, es una ineficacia de pleno derecho⁴⁷. Es trascendental aclarar que *“En cada situación se deberá observar o no la existencia de una relación de consumo lo cual supone que quien adquiere un producto o servicio lo hace en calidad de consumidor y quien lo comercializa tenga la calidad de proveedor o distribuidor para así aplicar las normas de protección al consumidor. En ese sentido las relaciones que se desarrollan entre proveedores o productor y proveedor no se regularán por el Derecho del Consumo y no se les aplicará el Estatuto. Los conflictos que surjan de esta relación se dirimirán frente a las autoridades competentes⁴⁸”*

Finalmente, respecto a su carácter temporal, el artículo 84 del Estatuto, es claro al proponer que la Ley entra en vigencia tras 6 meses de su publicación (12 de Octubre de 2011), es decir, el 12 de Abril de 2012, y deroga todas las normas que la contraríen, es decir, el Decreto 3466.

Una vez establecidas estas generalidades, y teniendo claro el objeto del presente texto, es pertinente, en primer lugar, analizar la falta de conformidad como institución jurídica

⁴⁶ Ver, Concepto del 08 de Abril de 2015, Superintendencia de industria y Comercio. Rad. 15-038468-00001-0000

⁴⁷ Sobre la ineficacia de pleno en el Estatuto derecho ver el Concepto del 14 de Febrero de 2014, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad 14-000375-00001-0000

⁴⁸ Ver, Concepto del 05 de Abril de 2013, Superintendencia de industria y Comercio. Rad. 13-040240-00002-0000

propia de la Convención de Viena de 1980 (I); para estudiar posteriormente sí es posible que esta proteja al consumidor local (II)

CAPÍTULO I: LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

“[...] sus comentarios inconformistas, que antaño lo habían rejuvenecido, ahora lo convertían, pese a su aspecto engañoso, en un personaje inactual, fuera de nuestro tiempo y, por lo tanto, viejo.”

Milan Kundera, La fiesta de la insignificancia

La falta de conformidad, nace en respuesta a la necesidad del comercio internacional de armonizar los distintos ordenamientos jurídicos, a fin de encontrar una herramienta común que permita dirimir una determinada controversia. Sin embargo, la limitación de aplicar esta figura a las relaciones entre comerciantes, resulta insuficiente hoy en día cuando se presupone la aparición de las relaciones consumo como un factor que indiscutiblemente requiere ser atendido por la normativa internacional; En virtud a su incesable presencia en las transacciones de esta índole.

Si bien, es posible argüir que la misma Convención excluye las relaciones de consumo de su ámbito de aplicación, esto no resulta del todo cierto; Pues como se dijo en la introducción, el consumidor puede ser objeto de la Convención o bien por el concepto que se tenga de consumidor, aspecto que será ampliamente desarrollado en el segundo capítulo; O bien, por la excepción contenida en el artículo 2 literal a de este instrumento jurídico.

De esta manera, este acápite pretende un análisis omnicompreensivo de la falta de conformidad como institución jurídica del derecho internacional privado. Concebido como herramienta de armonización, en aquellos eventos en los cuales los bienes objetos de la compraventa comporten algún defecto. Pero ¿Qué defectos? ¿Qué tipo de bienes? Estos, y otros interrogantes pertinentes, pretenden ser ampliamente contestados y estudiados en el presente capítulo.

En esta medida, debe analizarse en primer lugar su concepto y las razones que dan lugar al nacimiento de esta figura (A), posteriormente explicarse el régimen de responsabilidad al

que se adscribe la Convención (B), tras esto, un análisis de los elementos que comprende, tanto para su existencia, como para su validez (C) y; finalmente, los remedios jurídicos que propone la convención, tanto para el vendedor como para el comprador, cuando se presentan mercancías que se consideran no conformes (D).

A. Concepto de Falta de Conformidad

“[...] En algunos casos la suma de armonías puede ser casi empalagosa. En otros el conjunto de desarmonías produce algo mejor que la belleza”

Mario Benedetti, Teoría de Conjuntos

La falta de conformidad, contenida en los artículos 35 y siguientes de la convención de Viena de 1980, no nace como una institución autónoma e innovadora en materia jurídica; contrario a ello, surge como una figura que busca armonizar, bajo un mismo entendido jurídico, instituciones cuya naturaleza y efectos son en principio disímiles. De esta manera resulta complejo dar una definición que engendre cabalmente las figuras que buscan ser cobijadas por el concepto de conformidad. Sin embargo, en una visión general, la conformidad de las mercaderías *“[...] implica la correspondencia entre los bienes que se entregan al comprador y los que se pactaron en el contrato o impone la convención”*.⁴⁹ En esta medida, resulta de vital importancia determinar a qué obedece la iniciativa de la convención de Viena al propender por un concepto unificador; y concretamente que figuras pierden su independencia jurídica para fusionar sus efectos bajo un mismo concepto, y más importante aún, bajo qué parámetro son comprendidas.

Prima facie, la conformidad busca unificar los remedios jurídicos que se confieren al comprador de un bien que comporta un defecto⁵⁰, en virtud a dos objetivos: el primero de

⁴⁹ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 506

⁵⁰ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 317

ellos la armonización de las figuras propias de cada estado miembro de la convención⁵¹; y la segunda promover la seguridad jurídica que se ha visto turbada en las diversas legislaciones por la superposición y exclusión de las diversas instituciones. La primera razón resulta obvia al tratarse de un instrumento de índole internacional:

*“Como dice Flechtner, la finalidad de los redactores de la convención fue crear un cuerpo de normas uniformes para la compraventa internacional, con objeto de reemplazar la compleja regulación a la que está sujeto este contrato, formado por disposiciones de derecho interno, de aplicación variable según la norma de conflicto de derecho internacional privado”*⁵²

Respecto a la inseguridad jurídica generada por la aplicación de diversas instituciones que buscan proteger al comprador de un bien defectuoso, encuentra su lógica cuando se estudian las acciones edilicias y las acciones por incumplimiento. Las primeras, proceden frente a la existencia de un vicio oculto preexistente o al tiempo del contrato, y dentro de ellas se encuentran la acción redhibitoria, la rescisoria y la *actio quanti minoris*; en tanto las segundas proceden cuando existe el incumplimiento de una obligación contractual, a saber, la ejecución forzosa, resolución contractual y la indemnización de perjuicios⁵³. El punto en que las acciones confluyen, y llegan a confundirse radica en la siguiente pregunta ¿Cuándo el defecto comportado por un bien se constituye como un verdadero incumplimiento de la obligación contenida en el contrato?

En principio la respuesta es evidente: al contrariar el móvil de contratación se ve transgredido el objeto obligacional; Es decir, cuando la causa del contrato se ve realmente

⁵¹ Ver, LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 439

⁵² VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 314

⁵³ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 328 a 321.

afectada. “[...] la causa de la obligación del comprador reside de hecho en la transferencia de propiedad y en la entrega de la cosa vendida, en cambio la causa del contrato de venta consiste en el móvil determinante, es decir aquel en cuya ausencia el comprador no se hubiera comprometido (Corte de casación francesa, Civ. 1ª 12 de julio de 1989. Sr. Primamod vs. Sra. Guichard)⁵⁴”

Concibiéndose la “causa” como la contrapartida objetiva y abstracta. La ausencia implica la ausencia de la causa misma. La función de esta causa estaría dirigida a proteger al contratante. Tendría entonces un papel de protección individual. Esta causa, como medio de protección de la voluntad contractual, se encuentra recogida claramente en el Art.1524 C.C., en donde se consagra que “no puede haber una obligación sin una causa real.” En los contratos sinalagmáticos, la causa de cada contratante es la representación de la ejecución de la prestación prometida por el otro contratante (el objeto de la obligación del contratante)⁵⁵.

De esta misma manera lo ha entendido el maestro Fernando Hinestrosa:

“La causa del negocio jurídico no es más que la propia definición y en su funcionamiento se encuentran los conceptos que usualmente se han colocado aparte, como para enfrentarla a la idea misma, de la autonomía privada, bajo el nombre de causa. La causa no es un elemento constitutivo del negocio, lo que por tal se ha entendido, en su misma definición, el aspecto social del negocio, indispensable para su cabal concepción y entendimiento⁵⁶” en un ejemplo explica el doctrinante: *“La causa como la concibe la teoría objetiva es precisamente esa caracterización del negocio proveniente de la función social que está desempeñando: el cambio de cosa por precio es la función social de la*

⁵⁴ TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo 2.* 2005, Librería Ediciones del Profesional. Pag 62

⁵⁵ Ver, CAPITANT, Henri. *De la Cause des Obligations.* Paris 1923 n°312 y ss., disponible en : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t> (Traducción e interpretación realizada por el Doctor Francisco Ternera Barrios para el presente trabajo)

⁵⁶ HINESTROSA, Fernando. *El negocio jurídico y la causa.* En *Escritos varios.* Bogotá, 1983, Umaña Trujillo Impresores. Pag 335

*compraventa, en su causa, y es precisamente lo que los particulares pretenden lograr cuando celebran ese contrato*⁵⁷”.

Empero, este criterio no solo es confuso, sino que además resulta insuficiente por cuanto la redacción de las legislaciones continentales aluden al criterio de “gravedad” del defecto y la “funcionalidad” del bien, conceptos que conducen a la misma contrariedad: ¿Cuándo la gravedad del defecto comporta un vicio oculto y cuando es realmente un incumplimiento? Este interrogante, y lo que de él se desprende, tiene fuertes implicaciones no solo doctrinales y conceptuales, comporta también repercusiones prácticas dada la diferencia en los términos conferidos por las legislaciones para el ejercicio de las acciones, siendo, por regla general, mucho más breve el tiempo conferido para ejercer una acción edilicia que una acción por incumplimiento⁵⁸.

Ha de recordarse que ambas instituciones, tomadas del derecho romano, tienen naturaleza distinta. Así pues, las acciones edilicias surgen como una ampliación de la *actio emptio*, mediante la cual los ediles romanos buscaron la protección del comprador de la cosa, específicamente animales de carga y esclavos, cuando estos bienes comportaban vicios ocultos; en esos casos el vendedor respondía por ellos de forma objetiva, es decir, sin importar que tuviera o no conocimiento de ellos; y se establecieron tres acciones al respecto: la *stipulatio duplae*, consistente en la prerrogativa otorgada al comprador de exigir una indemnización por el doble, y que operaba de manera independiente y complementaria a las otras dos; la *actio redhibitoria*, que se entiende cómo la restitución del precio pagado y la *actio quanti minoris o aestimatoria*, que confiere el derecho del comprador, y la correlativa obligación del vendedor, de reajustar el precio, siendo estas dos últimas excluyentes entre sí⁵⁹.

Por su parte, las acciones por incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones contenidas en contrato, y la responsabilidad que de ella se deriva, fue recogida por los

⁵⁷ HINESTROSA, Fernando. *El negocio jurídico y la causa*. En *Escritos varios*. Bogotá, 1983, Umaña Trujillo Impresores. Pag 327

⁵⁸ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 328 a 318

⁵⁹ Ver, ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Bogotá, 2012, Editorial Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición Pag. 354.

codificadores justinianos (D. 18. 1,35, 4 ITP) y se tuvo en cuenta tres factores diferentes: *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (La diligencia que se tiene con las cosas propias), *exactissimam diligentiam custodiandae rei prestare* (La exacta diligencia en el cuidado de las cosas) y el caso fortuito⁶⁰. De ahí se desprende la graduación de la culpa en la atribución de responsabilidad que se hace al agente. Esta figura fue concebida para el incumplimiento de las obligaciones de los contratos *in genere* y presentaba a diferencia de las acciones edilicias un régimen de responsabilidad por culpa.

Respecto al conflicto sobre cuál es la acción pertinente frente al defecto del bien, se han derramado ríos inimaginables de tinta proponiendo diversas soluciones que de una u otra manera desembocan en el mismo problema de inseguridad jurídica. Es menester entonces analizar cómo ha sido abordado el inconveniente por distintos ordenamientos, para establecer por qué la falta de conformidad obedece a una necesidad de seguridad jurídica. A manera de ejemplo, es decir, con el objetivo de ilustrar la problemática anteriormente expuesta, se estudiarán el caso español y el caso francés, en razón a la afinidad que guardan ambos ordenamientos propios del sistema continental y con gran incidencia de las instituciones romanas en sus esquemas jurídicos, con nuestro ordenamiento. A fin de hacer un breve ejercicio de derecho comparado respecto al problema que suscita entender cuál es la acción pertinente en determinados eventos frente a la coexistencia de ambos tipos de acciones; Para finalmente abordar el asunto desde la perspectiva jurídica colombiana.

Así pues, en España, la situación deviene una increíble inseguridad jurídica por la interpretación realizada por los altos tribunales del *aliud pro alio*, doctrina que “[...] *en esencia consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta*”⁶¹, Lo que corresponde al incumplimiento de la obligación de entrega del contrato de compraventa. Sin embargo, la jurisprudencia española, en su afán de proteger al comprador a quien han prescrito las acciones edilicias, realiza de este precepto una doble interpretación: el *aliud pro alio* en sentido material, que se identifica plenamente con lo

⁶⁰ Ver, ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Bogotá, 2012, Editorial Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición Pag. 392 y Pag 406

⁶¹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 319

anteriormente expuesto; y en un sentido funcional, que en palabras del profesor De Verda y Beamonte, es:

“En su acepción funcional, el “aliud pro alio abarca aquellos casos en los que la cosa entregada resulta funcionalmente incapaz de desempeñar el destino económico- social al que se destina y, por ende de satisfacer aquellas concretas necesidades que indujeron al comprador a efectuar su adquisición ”⁶²

Al analizar la acepción funcional del *aliud pro alio*, se crea una clara confusión con el concepto de vicio oculto, que se ve protegido por el ejercicio de acciones edilicias; los vicios ocultos en el derecho español que de conformidad al artículo 1484 del Código Civil Español son “[...] los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella [...]”

De esta manera, se presenta una “superposición” de la institución de los vicios redhibitorios con la del *aliud pro alio*, generando inseguridad jurídica, en el sentido en que resulta complejo determinar si proceden acciones edilicias, por vicios ocultos, o acciones por incumplimiento por la acepción funcional del *aliud pro alio*⁶³.

Examinando el tema desde el derecho francés, la inseguridad presupone las interpretaciones jurisprudenciales de la aplicación de las acciones e incluso la confusión conceptual de las mismas, existiendo dos corrientes al respecto: una primera que admite, al igual que el caso español, la idea de poder ejercer de manera supletoria las acciones por incumplimiento en caso de un vicio oculto; y una segunda postura que realmente realiza una clara diferenciación y exclusión de las acciones. En palabras del profesor Larroumet:

⁶² DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 319

⁶³ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 322

“En derecho francés la jurisprudencia ha admitido una obligación de conformidad en relación con la entrega de la cosa o delivrance de la cosa vendida. Esa obligación de saneamiento contra los efectos ocultos de la cosa. En efecto, mientras que el saneamiento supone que el vendedor haya entregado la cosa misma, pero una defectuosa, el incumplimiento de la obligación de conformidad concierne a la entrega de otra cosa o de la cosa misma pero con especificaciones distintas. Sin embargo sí hoy en día la jurisprudencia parece no confundir ambas obligaciones, durante mucho tiempo hubo mucha confusión y numerosas sentencias admitieron la aplicación de conformidad en las situaciones que de manera evidente estaban en el ámbito de la obligación de “garantía de conformidad””⁶⁴

Si nos ceñimos a la explicación dada por el jurista resulta plausible evidenciar lo siguiente: en primer lugar, da la impresión que el concepto de *non conformité* del derecho francés incurre en el clásico yerro de la confusión entre el vicio oculto y la acepción funcional del *aliud pro alio* realizada por la jurisprudencia española, en el sentido en el que tiende a incluir en el incumplimiento de la obligación de conformidad los defectos funcionales propios de los vicios ocultos; queda esto en evidencia al aludir a “[...]la misma cosa pero con especificaciones distintas[...]” , teniendo en cuenta la definición de vicios ocultos que incorpora el Código Civil Francés en su artículo 1641: “*Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine [...]*” (El vendedor estará obligado al saneamiento en razón de los defectos ocultos de la cosa vendida que la hicieran impropia para el uso al cual estaba destinada). Lo cual nos conduce al mismo problema, pues no basta que la jurisprudencia diferencie los efectos si aún no existe claridad y seguridad en la causa de los mismos.

Por otro lado, e incrementando la inseguridad jurídica se deriva de esta confusión, se encuentra disonancia en las decisiones jurisprudenciales, esta bifurcación por el alto

⁶⁴LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 439

tribunal obedece básicamente argumentos que han sido proferidos, aun cuando en momentos históricos diferentes, pero que coadyuvan a acrecentar la duda constante respecto a las instituciones. En un primer momento histórico la jurisprudencia francesa plantea la tesis de “compatibilidad de las acciones”, mediante la cual se propuso lo siguiente:

*“[...] los defectos que hacen a la cosa impropia para el uso que habitualmente se la destina, no son solo “vicios” redhibitorios, sino que también constituyen un supuesto de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, en cuya virtud el vendedor debe poner en poder y disposición del comprador una cosa apta para su normal destino; no haciéndolo así, el vendedor podrá optar por el ejercicio de las acciones edilicias o por el de las generales de incumplimiento [...]”*⁶⁵

Sin embargo, años más tarde y siendo hoy en día la postura preponderante en Francia, la corte de Casación propende por una teoría completamente opuesta, y es la exclusión total de las acciones, resolviendo satisfactoriamente las dudas que enervaban esta disquisición jurídica, pues no solo excluye el ejercicio de las acciones, sino que adicionalmente discierne y delimita las figuras que dan origen a su ejercicio. Parece pues que la nueva postura de la corte contiene la solución jurídicamente acertada, la cual se explica en los siguientes términos:

“[...] los defectos que hacen la cosa impropia para el uso a que habitualmente se la destina constituyen solamente un “vicio” redhibitorio: quien pone en poder y disposición del comprador una cosa defectuosa no incumple la obligación de entrega sino la de garantía, por lo que las únicas acciones ejecutables son las edilicias, y ello, en el breve plazo del artículo 1648 del “Code” [...] los defectos de la cosa vendida que la hacen impropia para el uso al que se la destina no dan lugar a un supuesto de “non conformité” (y, por ende, a una hipótesis de

⁶⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 329

incumplimiento de la obligación de entrega [...] las relaciones entre las acciones edilicias y las generales de incumplimiento se explican en términos de exclusión, contraponiéndose a dos tipos de defectos, a los que corresponden remedios jurídicos diferentes[...]”⁶⁶

Pasando al caso colombiano, baste decir que no existe un desarrollo jurisprudencial expreso al respecto, y que el problema nace entonces desde la redacción misma del legislador, pues “*La ley no precisa cuál debe ser la naturaleza del vicio, sino que ante todo se refiere al efecto que este tiene sobre la cosa*”⁶⁷. Por un lado la concepción de vicio oculto contenida en artículo 1915 del Código Civil, admite la acepción material del defecto de la cosa, entendiendo por este concepto que la misma no sirva para su uso natural o sirva de manera imperfecta; en tanto el Código de Comercio amplía el concepto de vicio oculto en una concepción funcional y contractual al entender en su artículo 934 “*que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato*”⁶⁸. De esta manera, resulta impreciso determinar cuál el realmente el concepto de vicio oculto que adopta la legislación colombiana, es más, permite inferir que la acción pertinente, es decir, la edilicia o la general de incumplimiento, está suscrita al régimen por el cual se guía el contrato, conllevando a una indeseable dualidad conceptual en el ordenamiento.

En síntesis, es claro que la Convención de Viena, busca erradicar de raíz este tipo de discusiones e inseguridades jurídicas; y que bajo esa consigna establece la “falta de conformidad” como un concepto unificador. Pero la falta de conformidad no solo alberga en sí los problemas devenidos del defecto de los bienes objeto del contrato, sino que busca adicionalmente proteger al comprador de aquellos problemas que resultan de derechos

⁶⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 330 a 332

⁶⁷ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 220

⁶⁸ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 218 a 221

conferidos a terceros sobre dichos bienes, lo que se denomina en el derecho interno saneamiento por evicción. De esta manera la falta de conformidad puede dividirse en dos: la conformidad material, es decir, aquella que atañe a los defectos materiales, funcionales y contractuales; y la conformidad jurídica, aquella que busca que las mercaderías estén libres de derechos de terceros⁶⁹. Si bien *“El Convenio de Viena no hace ninguna distinción entre obligación de conformidad y obligación de saneamiento. La conformidad concierne los dos aspectos y el mismo régimen jurídico se aplica en ambas situaciones”*⁷⁰, y para fines netamente académicos se estudiará la conformidad desde su punto de vista material como desde su perspectiva jurídica.

La conformidad material, en su artículo 35 la convención establece lo siguiente:

“1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

⁶⁹ Esta diferenciación entre conformidad Jurídica y conformidad material, es realizada por el profesor español José Ramón de Verda y Beamonte. Sin embargo, los bienes jurídicos tutelados por la figura “falta de conformidad” no han sido indiferentes a la doctrina *in genere*, así la clasificación ha recibido otros nombres e incluso se ha realizado de manera más extensa; tal es el caso del profesor francés Christian Larroumet quien alude al mismo concepto bajo las nociones de “Garantía de conformidad” y “Garantía de disposición”.

⁷⁰LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 439

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas”

De lo anterior, puede extraerse que la conformidad material obedece a varios criterios, todos con obediencia a la calidad, cantidad, tipo y embalaje. El primero de ellos es un criterio netamente material de la cosa, que las cosas sean aptas para el uso que ordinariamente se les dé; en segundo lugar un criterio orientado a la funcionalidad del objeto, que sean aptas para el uso que expresa o tácitamente el comprador haya manifestado al vendedor; y la tercera un carácter eminentemente contractual. Este particular no merece, a esta instancia, mayor comentario pues se profundizará en ello posteriormente al analizar los elementos de la falta de conformidad.

Respecto a la conformidad jurídica, consagrada en los artículos 41 y 42 de la convención, se busca proteger al comprador de gravámenes o derechos que tengan terceros sobre las mercaderías adquiridas, incluyendo aquellos de propiedad intelectual e industrial. En palabras del profesor De Verda y Beamonte:

“Este deber de conformidad jurídica viene a sustituir al clásico sistema de origen romano, de saneamiento por evicción y gravámenes ocultos, consagrado en las legislaciones europeas continentales. Dichos preceptos hacen recaer sobre el vendedor el riesgo objetivo de que la cosa que se vende no le pertenezca o de que sobre ella exista un derecho real a favor de un tercero, concediendo, en tal caso, al comprador acciones para rescindir el contrato y solicitar la indemnización de daños y perjuicios”⁷¹

⁷¹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 342

Claramente estas disposiciones tienen ciertos límites y características específicas, pero dichos pormenores se analizarán a fondo en los elementos que componen la falta de conformidad, los cuales se procederá a estudiar una vez se haya estudiado el régimen de responsabilidad al que se adscribe la Convención.

B. La responsabilidad en la Convención de Viena

“Imposible objetivizar, precisar esa defectividad que aprendí en el instante y que era clara ausencia o claro error o clara insuficiencia, pero sin saber de qué”

Julio Cortázar, Rayuela

Se ha establecido ampliamente por la doctrina y por la jurisprudencia, que el régimen de responsabilidad que incorpora la Convención, obedece a un régimen de responsabilidad objetivado⁷², que no es lo mismo que objetivo⁷³. Por objetivado, en este caso se alude al régimen de responsabilidad que realiza un juicio de valor pero no en atención al sujeto sino en atención a las circunstancias. Este régimen de responsabilidad, tan distinto los tradicionalmente desarrollados en Colombia, corresponde a la teoría de las esferas de control.

Resulta pertinente hacer un breve análisis del régimen de responsabilidad al que se adscribe la Convención de Viena, por una razón muy sencilla: los principios que orientan la responsabilidad que se atribuirá al agente, conducen necesariamente a la solución de inquietudes que, aunque plenamente válidas y lógicas, resultan innecesarias a la luz de los principios generales de la responsabilidad adoptada por el instrumento internacional; Pues en ellos reposa el alcance de la atribución y de la exoneración, sin necesidad de acudir a

⁷² Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 314

⁷³ “En los regímenes objetivos de responsabilidad, ni siquiera se entra a calificar la conducta del agente, si fue culposa o no, poco importa. El agente entra a responder si fue, simplemente, la causa del daño”. MANTILLA ESPINOSA Fabricio y TERNERA BARRIOS Francisco. *La interpretación contra legem del artículo 2356 del código civil colombiano*. Pag 240. En http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/contralegem_mantillaternerera.pdf

cuestiones externas o interpretaciones desbordadas de la normativa, permitiendo, de esta manera, la interpretación de todas las normas de la convención de una manera uniforme y autónoma⁷⁴.

Así pues, el estudio de la responsabilidad en la Convención se realizará en atención a la falta de conformidad; Y se dividirá en dos partes: la primera de ellas, busca dar un marco general la teoría de las esferas de control, para entender cuando un contratante es responsable a la luz de este instrumento internacional *in genere* (i); Y en segundo lugar, se estudiara cuando existe responsabilidad por no conformidad, cuando las partes han designado a un tercero para realizar alguna de sus obligaciones (ii)

i. Teoría de las esferas de control:

Dicho esto, es menester hablar de la “teoría de las esferas de control” propuesta por el jurista austriaco *Ernst Rabel*⁷⁵, siendo esta la adoptada por la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y expresamente consagrada en su artículo 79; la cual ha sido el parámetro para atribuir responsabilidad a los contratantes. Esta teoría fue recogida, aunque no adoptada, previamente en la ley Uniforme sobre Compraventa Internacional (LUCI) de la Haya de 1964. La teoría de las esferas de control, en sede de responsabilidad contractual, busca objetivar la responsabilidad de los contratantes, es decir, desligar la culpa o diligencia como factor de atribución; proponiendo en su lugar el criterio de una actuación razonable. Es decir, los elementos que componen la responsabilidad, desde esta teoría son: la razonabilidad, el nexo causal y el daño. ¿Qué implica el proponer una actuación razonable como factor de atribución de responsabilidad?

“[...] el logos de lo razonable, concerniente a los problemas humanos –y, por tanto, a los problemas políticos y jurídicos- intenta “comprender o entender” sentidos y nexos entre significaciones, así como también

⁷⁴ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 313 a 315.

⁷⁵ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 314 a 315

realiza operaciones de valoración, y establece finalidades o propósitos”⁷⁶.

Pero “*un mundo satisfactorio para gentes razonables. ¿Y quedará en él alguien, uno solo que no sea razonable?*”⁷⁷”. El concepto de lo “razonable”, debe diferir del concepto de culpa, propio de la responsabilidad subjetiva, en la medida en la que no comprende un parámetro estático de diligencia que sirve como base al juicio de valor; en su lugar, este juicio se realiza en atención a criterios puramente circunstanciales, a saber, la resistibilidad, la previsibilidad y superabilidad, tanto de los riesgos, como de sus consecuencias; teniendo en cuenta los propósitos y finalidades de los contratantes. Un juicio respecto a las situaciones propias que envuelven el acto jurídico, y no al sujeto, en una concepción abstracta e idílica.

Acorde a ello, el contratante es responsable por todos los eventos que se encuentran dentro de sus esferas de control, no sólo de aquellos previstos por él al momento de celebrar el contrato, sino por todos aquellos que él puede y debe controlar, teniendo como elementos que configuran esa esfera de control el contenido y la finalidad del contrato y las obligaciones que a su cargo han impuesto la Convención y el contrato⁷⁸.

Desde esta perspectiva, el contratante cuenta con dos esferas de control: una esfera típica y una esfera atípica. La primera, corresponde a los riesgos que efectivamente asume el contratante, bien sea en virtud del contrato o por el hecho de la Convención como ley aplicable al mismo. Y en segunda, comprende la concreción de riesgos que, o bien eran razonablemente previsibles o siendo imposibles de prever si eran posibles de evitar o controlar, cuando menos en sus consecuencias. En palabras del profesor chileno Álvaro Vidal Olivares:

⁷⁶ RECASENS SICHES, Luis. *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México- Buenos Aires, 1997, Fondo de Cultura Económica. Pag 279

⁷⁷ CORTÁZAR, Julio. *Rayuela*. Bogotá, 2015. Editorial Alfaguara. Pag 407

⁷⁸ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incardinación de la Responsabilidad por Daños y el Concepto de Obligación en la Compraventa Internacional de Mercaderías*. Ius et Praxis v.11 n.2 Talca 2005. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200010&lng=pt&... Y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pp 317 a 320

“[...]la esfera típica de control del deudor dentro de la cual responde absolutamente por todo incumplimiento que se origine dentro de ella, y fuera de esa esfera, el deudor responderá cuando el incumplimiento tenga su causa en un impedimento razonablemente previsible, o imprevisible, pero evitable o superable, en sí mismo o en sus consecuencias”⁷⁹

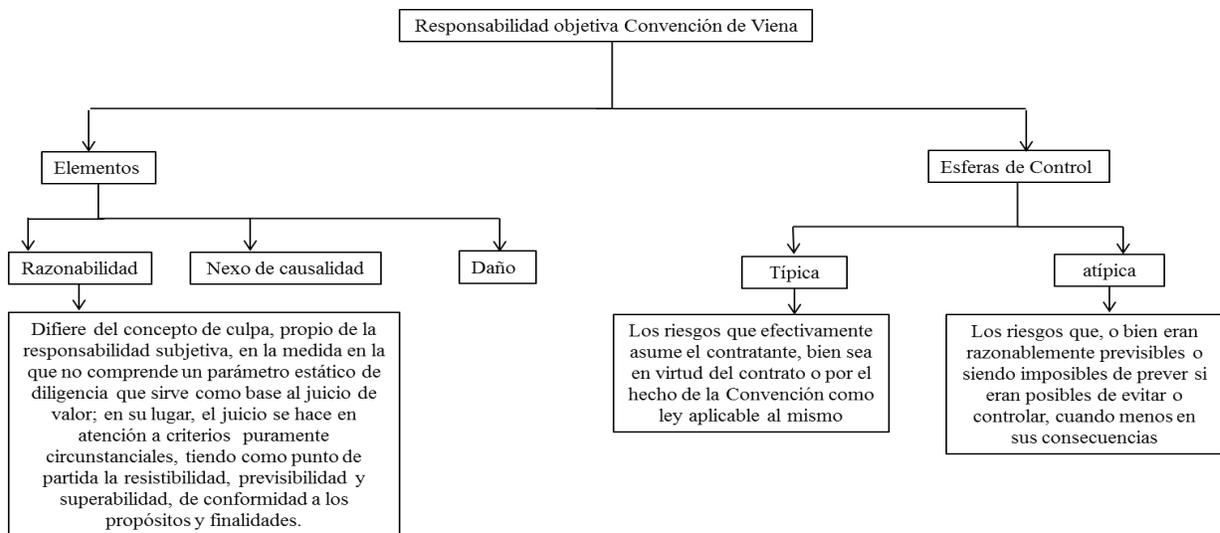
Adicionalmente, la esfera típica de control se define de una forma objetiva, para cada uno de los contratantes; la esfera se ve entonces compuesta por todas las medidas de organización y de control pertinentes y que razonablemente puede esperarse que sean adoptadas por el contratante.⁸⁰ Esta esfera, se ve compuesta por elementos objetivos y subjetivos; los primeros, son aquellos bienes materiales e inmateriales de los cuales depende el cumplimiento del contrato; en tanto los segundos, son aquellas prestaciones, comportamientos y circunstancias, tanto del contratante, como de aquellas personas sujetas a su organización y supervisión⁸¹.

Es posible resumir entonces el régimen de responsabilidad de la siguiente manera:

⁷⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 321

⁸⁰ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por el incumplimiento de un tercero encargado*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 355

⁸¹ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por el incumplimiento de un tercero encargado*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 356



Así pues, la razonabilidad, como factor de atribución, se concreta común a ambas esferas, en el principio de la razonable controlabilidad del riesgo⁸², pero para que exista responsabilidad, el riesgo o sus consecuencias, debe ubicarse dentro de la esfera de control del deudor, pero fuera de la esfera del acreedor, es decir, el riesgo se transfiere de las esferas de un contratante a las del otro. Estando sujeta la responsabilidad a la actuación razonable del acreedor.

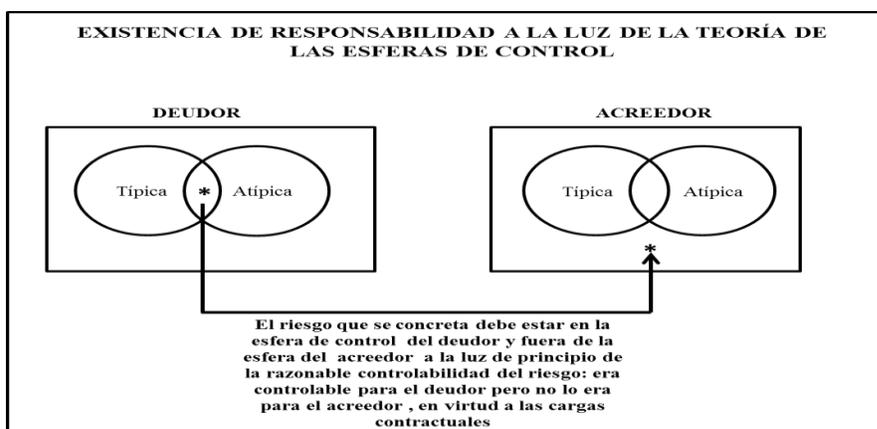
De esta manera la razonabilidad, ha de analizarse en una doble vía; Desde la perspectiva del deudor o del contratante responsable, efectivamente la razonable controlabilidad del riesgo; y la responsabilidad existirá en la medida en la que el riesgo que se concretó corresponda o bien la esfera típica o a la atípica del deudor; pero esto no basta para endilgarle responsabilidad; Requiere también un actuar razonable por parte del acreedor, a quien adicionalmente, compete la observancia de las cargas contractuales como un criterio de razonabilidad; las cuales bien sea por disposición legal o convencional son normas ordenatorias que *“constituyen una categoría intermedia entre las normas imperativas y las dispositivas; se caracterizan porque subordinan la adquisición o el ejercicio de un derecho*

⁸² *“Hans Stoll interpretando brillantemente la disposición de Rabel, sostiene que el artículo 74 de LUCI se consagra en todos sus extremos el principio de controlabilidad del riesgo (que es la concreción de la teoría de las esferas de control) Ello significa que el deudor no sólo asume la responsabilidad por los riesgos previstos concretamente por él al momento de contratar, sino por los que puede y debe controlar” VIDAL OLIVARES, Álvaro. Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 319*

a la observancia de ciertas conductas, pudiendo no observarse sin que de ello se siga la aplicación de una sanción”⁸³.

Desde la perspectiva del deudor, es requisito *sine qua non* para endilgarle responsabilidad, que el acreedor haya actuado de manera razonable respecto al riesgo que se concretó en su esfera de control, es decir, que el riesgo o consecuencias estén efectivamente fuera de la esfera de control del acreedor. Este concepto se constituye como piedra angular en este instrumento internacional, puesto que pretende que el acreedor no abuse de los derechos conferidos, y en consecuencia el deudor no soporte consecuencias que han sido gravosas por conductas arbitrarias o extremadamente pasivas del acreedor. Lo resulta una concreción del principio de la razonable controlabilidad del riesgo, pues al establecer la Convención el deber de actuar razonablemente al acreedor, asegura al deudor que las consecuencias son ajenas al control del acreedor, que eran razonablemente imprevisibles, inevitables e insuperables⁸⁴.

La responsabilidad existe, en pocas palabras, de la siguiente manera:



⁸³ CABANILLAS SÁNCHEZ. Citado en pie de página No. 14 por VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 222

⁸⁴ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. PP 220-222

Las cargas contractuales pueden ser de comunicación o de realización de alguna conducta material⁸⁵, de las primeras nos ocuparemos con posterioridad, al analizar los elementos de validez de la falta de conformidad; respecto a las segundas, baste decir que su concreción puntual se encuentra en el artículo 79 de la Convención, que contiene expresamente la obligación de mitigar el daño.

En conclusión, el criterio con el que se endilga responsabilidad al contratante es siempre el mismo: el control de la situación o de sus consecuencias, la razonabilidad en la actuación. Esto implica pensar en el lugar del deudor qué riesgos efectivamente asumió, qué tan posible le era controlar la concreción del riesgo razonablemente previsible, o qué tan controlables o superables eran las consecuencias de los riesgos no previsibles. Estas pautas serán las que determinaran la atribución de responsabilidad al contratante o la exoneración del mismo; Y es de vital importancia tenerlas presentes al hablar de conformidad, porque será la “la razonable controlabilidad del riesgo” lo que en zonas grises de la falta de conformidad determinaran si el deudor responde o no por este concepto.

ii. Responsabilidad del Tercero Encargado

Finalmente en el análisis de responsabilidad en la Convención, como institución inherente a la falta de conformidad; Es de vital importancia dar respuesta al siguiente interrogante ¿Qué pasa cuando el incumplimiento por falta de conformidad, le es atribuible a un tercero encargado por el vendedor para desarrollar parcial o totalmente la ejecución del contrato?

No es de incumbencia este particular, cuando pasa respecto al comprador puesto que no cumple con los requisitos de existencia para poder ser alegada. De otro lado, la Convención prevé la posibilidad que el incumplimiento, en este caso por la falta de conformidad de las mercaderías se origine a causa de la actuación de un tercero.

En estos casos, el incumplimiento supone una dualidad contractual: por un lado el contrato de compraventa de las mercaderías, como contrato principal; y por el otro, aquel que tiene por objeto la realización parcial o total de prestaciones derivadas del primer contrato, o

⁸⁵ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 224

contrato accesorio. Sin embargo, estos contratos accesorios, no se entienden como tal, cuando se han celebrado para los propósitos generales de la actividad de la empresa del vendedor, pues se entiende que funge como el vendedor mismo, al integrar la misma persona jurídica que el vendedor. Empero, para que se entienda como tercero encargado, debe existir una coincidencia en el objeto, que concreta la vinculación objetiva de las dos relaciones jurídicas⁸⁶.

Para establecer la consecuencia jurídica, es menester dilucidar los terceros reconocidos por el artículo 79 la Convención, a saber, los auxiliares del vendedor, los proveedores que desarrollan actividades conexas de preparación y ejecución en la prestación; y los terceros a los que el vendedor encomienda la ejecución de las prestaciones sin estar dentro de la organización y supervisión de este.⁸⁷ En el caso de los dos primeros, es lógico que dadas las condiciones de sujeción a la organización del vendedor, se encuentran dentro de la esfera típica de control del mismo, por esta razón su incumplimiento que devenga de su actuación conlleva necesariamente a la responsabilidad del vendedor. Sin embargo, esta regla no es tan clara en el tercer caso, pues el tercero pues este, al ostentar su propia organización, se escapa a la esfera de control del vendedor⁸⁸.

Para este supuesto, el vendedor solo quedará exonerado en aquellos eventos en los que el tercero encargado, pruebe que estaba fuera de su esfera de control el incumplimiento; por demás será responsable.

Una vez establecido el régimen de responsabilidad que aplica *in genere* a la convención, y por ende, a la falta de conformidad; Y la responsabilidad que se deriva de la ejecución total o parcial de un tercero, por falta de conformidad. Resulta trascendental analizar aquellos elementos que componen la falta de conformidad.

⁸⁶Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por incumplimiento del tercero encargado*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pp 365

⁸⁷Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por incumplimiento del tercero encargado*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pp 370- 371.

⁸⁸ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por incumplimiento del tercero encargado*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pp 372

C. Elementos de la Falta de Conformidad

“Nunca trates de ser distinta de cómo te ven los demás, porque lo que seas o hayas sido nunca será otra cosa que lo que le hayas parecido a los demás”

Lewis Carrol, Las aventuras de Alicia

Ya se tiene claro qué es la falta de conformidad, en razón a qué surge y qué defectos y bienes comprende. Pero esto solo corresponde a un pequeño elemento de esta figura. Para que ella exista, y para que pueda ser exitosamente alegada, es decir, para que se vea como la propone la Convención, no basta solamente un bien mueble corporal, que ostente un defecto jurídico o material; Necesita adicionalmente de otros elementos. Para ello es clave diferenciar los elementos de existencia de falta de conformidad (i), y posteriormente se analizar los elementos de validez de la falta de conformidad (ii)

i. Elementos de la existencia de la falta de conformidad:

Son aquellos elementos esenciales de esta institución jurídica, aquellos requisitos *sine qua non* de la falta de conformidad; sin la presencia de cualquiera de ellos no se consolida la figura en mención. Estos serán analizados respecto a la conformidad material y a la conformidad jurídica de las mercaderías. En estos términos se estudiará la no conformidad de las mercaderías objeto del contrato (a), que exista en el momento de la transmisión del riesgo (b) y; que el comprador no conociera (c)

a. No conforme:

Las mercaderías entregadas al comprador pueden no ser materialmente conformes o jurídicamente no conformes. Esto quiere decir que lo que el comprador recibe no es lo que debe recibir por cualquiera de los parámetros que a continuación se expondrán.

Una mercadería no es materialmente conforme, en los términos del artículo 35 de la Convención, cuando no corresponde en calidad, cantidad, tipo o embalaje, cuando no sean aptas para el uso que ordinariamente se les dé, salvo que las partes hayan previsto otra cosa; cuando no correspondan a los usos que expresa o tácitamente el comprador haya

comunicado al vendedor; o cuando no correspondan al modelo o muestra sobre el cual se pactó la compra. Baste aclarar que en todos los supuestos siempre prima lo estipulado contractualmente por las partes.

Respecto al hecho del deber de conformidad de mercaderías para el uso que ordinariamente se les dé, se alude a la posibilidad de comercialización de las mismas; sin embargo “[...] *las regulaciones estatales, así como los estándares técnicos, las tradiciones culturales y las convicciones religiosas influyen en la posibilidad de usar los bienes y por ello deben tenerse en cuenta.*”⁸⁹ (*It is true that public law regulations, just as technical standards, cultural traditions or religious convictions, are circumstances that influence the ability to use goods*)⁹⁰, De esta manera el jurista colombiano Juan Pablo Cárdenas, expone la problemática que busca determinar en cuál es la legislación que debe tenerse en cuenta cuando este tipo de parámetros suscitan un conflicto que resulta en una falta de conformidad, y frente a los cuales las partes no han estipulado nada. Para ello se tiene en cuenta la Sentencia del 8 de Marzo de 1995 proferida por la Corte Suprema de Bundesgerichtshof (Alemania), caso número VIII ZR 159/94. La cual se analizará para este particular.

En este fallo dirime el conflicto entre una empresa suiza, que vendió a una empresa alemana mejillones neo zelandeses que contenían niveles de cadmio no admisibles en la regulación alemana de alimentos. Por esta razón, la empresa alemana declara el incumplimiento del contrato por la falta de conformidad de los mejillones, en tanto la empresa suiza demanda por el pago del precio de los mismos. El tribunal, quien falla en favor de la empresa suiza, arguyó que este tipo de normas comportaban una falta de conformidad solo cuando las normas del país importador correspondan a las del país exportador, o cuando el comprador se ha referido a ellas para la celebración del contrato (*“In the Court's reasoning, public law regulations in the importing country are only*

⁸⁹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 284.

⁹⁰ Sentencia del 8 de Marzo de 1995. Corte Suprema de Bundesgerichtshof (Alemania) caso número VIII ZR 159/94. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

*important when they correspond to those of the exporting country, or when the buyer refers the seller to them*⁹¹”)

Sin embargo, el tribunal también reconoció que por regla general debe aplicar la normativa del país del comprador, es decir, que la utilización del bien en el comercio debe ser conforme a la ley del país del comprador, pero propone una excepción que debe observarse en atención a lo establecido en el artículo 35, numeral 2, literal b de la Convención: “[...] *salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y juicio de valor del vendedor*”, es decir, que debe tenerse en cuenta las condiciones en las que el vendedor celebró el contrato.⁹² Lo cual, guarda estrecha relación con lo expuesto en este capítulo al obedecer a un desarrollo de la controlabilidad del riesgo por parte del vendedor. “[...] *Puede ocurrir que no se pueda confiar en que el vendedor conozca el mercado, salvo que el vendedor habitualmente venda a ese mercado. Por lo demás si el comprador le indica al vendedor la reglas aplicables, la mercancía debe ser conforme a ellas.*”⁹³

Por otro lado, la conformidad material de las mercaderías hace también alusión a la cantidad, se puede presentar que la mercadería recibida por el comprador tenga o mayor o menor cantidad de la prevista. Cuando existe menor cantidad, opera la falta de conformidad, y las acciones que la convención para ello confiere; Cuando se encuentra en presencia de un exceso la convención, en su artículo 52, advierte que no se está en presencia de la falta de conformidad, simplemente confiere al comprador la posibilidad de aceptar o declinar, bien sea pagando el precio o devolviendo el exceso al vendedor⁹⁴.

⁹¹ Sentencia del 8 de Marzo de 1995. Corte Suprema de Bundesgerichtshof (Alemania) caso número VIII ZR 159/94. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

⁹² *Thereby, they should clearly allocate the risk associated with the observance of public law regulations in the contract. According to the experience of the author, this is done in many export-import contracts.* Sentencia del 8 de Marzo de 1995. Corte Suprema de Bundesgerichtshof (Alemania) caso número VIII ZR 159/94. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

⁹³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías.* En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado.* Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 286

⁹⁴ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad.* En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980.* Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pp 509 a 510

Respecto al embalaje, baste aclarar que al decir que debe estar embalada o envasada de forma correcta, para proteger los bienes de posibles averías, aun cuando dichas averías nunca se ocasionen solo se requiere el mal empaque o mal embalaje para alegar la falta de conformidad respecto de las mercaderías:

“[...] salvo estipulación en contrario, el precio implica el empaque. En principio, el empaque debe asegurar la conservación de la mercadería hasta que llegue al comprador, pero las circunstancias pueden imponer que se deba conservar por más tiempo, porque, por ejemplo, el empaque sea necesario para la comercialización. El solo hecho de que estén mal empacados, aunque no se haya dañado, es falta de conformidad [...]”⁹⁵

Finalmente, en lo que atañe a las muestras o modelos como parámetro para determinar la conformidad, Bianca propone que la muestra debe obedecer a una descripción real y obedece a una parte tomada de una cantidad real existente⁹⁶. En otras palabras las mercaderías deben estar conformes al menos de manera sustancialmente a las muestras que fueron constitutivos del móvil de celebración del contrato. *“[...] Las cualidades de la muestra serán aquellas que son directamente perceptibles y las que según el tráfico pueden considerarse propias del tipo de objetos a que corresponde la muestra”⁹⁷*. Pese a ello, la doctrina ha señalado que la muestra no debe entenderse como el criterio único e irrefutable de la conformidad de las mercaderías, pues muchas veces la muestra solamente es un elemento indicativo de las mercaderías objeto del contrato, sin embargo, cuando se pretenda hacer o resulten posibles modificaciones respecto a la muestra, deben ser

⁹⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 286

⁹⁶ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 518

⁹⁷ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 520

aclaradas de manera expresa por los contratantes, so pena de entenderse las calidades de la muestra como el parámetro determinante en la conformidad de las mismas.⁹⁸

Ahora bien, las mercaderías no serán jurídicamente conformes cuando sobre ellas recaigan gravámenes o derechos conferidos a terceros que impidan al vendedor disponer libremente de los bienes, incluidos los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial.

La falta de conformidad, en este sentido, alude a criterios que en principio “[...] *No son propiedades de los bienes, pero la importancia de esas acciones y sus descripciones correlativas, son importantes y pueden afectar aquellas, de manera que puede alterar y de hecho alteran en la práctica la conformidad de las mercaderías.*”⁹⁹ Para desarrollar este concepto el profesor Christian Larroumet, ha considerado que esta acepción de la falta de conformidad obedece al incumplimiento de la obligación del vendedor de poner en disposición del comprador las mercaderías, es decir, el incumplimiento a la garantía de disposición. En ese sentido, ha dividido el estudio en la disposición en general de las mercaderías y el impedimento derivado de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Para este particular tendremos en cuenta la precisión conceptual del jurista francés.¹⁰⁰

Prima facie, encontramos el incumplimiento a la obligación de disposición se presenta cuando sobre el bien objeto del contrato se han constituido gravámenes e incluso derechos reales o crediticios en favor de un tercero, que impiden al comprador disponer libremente de las mercaderías. Ha de tenerse en cuenta que la obligación impuesta por la convención no radica exclusivamente en entregar las mercaderías, sino en transmitir la propiedad de las mismas, en ese sentido cualquier pretensión o derecho de un tercero que limite este derecho

⁹⁸ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 286 a 287

⁹⁹ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 508

¹⁰⁰ Ver, LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pp 444 a 447

de propiedad contraviene expresamente la finalidad misma del contrato, y por ello da al comprador la potestad de declarar el incumplimiento del mismo¹⁰¹. Sin embargo, como toda regla no es absoluta, para que opere esta falta de conformidad se requiere el desconocimiento del comprador de la existencia de dichos derechos o gravámenes, como era de esperarse, de lo contrario esto iría en contra de la máxima del derecho privado: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, e iría en contra de los mismos principios contenidos en la convención de Viena para atribuir responsabilidad al vendedor.

Finalmente, valga recordar que “[...] la ley aplicable a la reivindicación es la ley del país donde se encuentran la mercancía en el momento en el que interviene la reivindicación”¹⁰². Razón por la cual resulta posible pensar que no solamente podría proceder el incumplimiento del contrato, sino que permitiría, según la ley aplicable a la reivindicación, sanearse este tipo de no conformidad; y aplicar otro tipo de remedios al respecto. Por ejemplo, piénsese en el caso en que por cuestiones de prescripción o caducidad, la reivindicación sea susceptible a ser invocada en el país origen de la mercadería y del tercero, pero no en el país en el que se encuentran en ese momento las mercaderías. Podría suponerse que el comprador puede disponer entonces de dichas mercaderías en ese país, sin embargo, sigue existiendo la falta de conformidad, lo que le da la potestad, cuando menos, de pedir al vendedor, la indemnización de los perjuicios; todo en ello en atención relacionado a los principios generales de la responsabilidad contenidos en la Convención. Lo anterior nos lleva a inferir que el criterio determinante para que exista dicha falta de conformidad es simplemente el derecho o gravamen constituido en favor de un tercero, siendo indiferente si la acción desplegada por este resulta o no exitosa, esto solo determinará el remedio jurídico pertinente frente a la situación.

En lo que atañe a los derechos de terceros derivados de la propiedad industrial y la propiedad intelectual, para que proceda la falta de conformidad en este sentido el vendedor

¹⁰¹ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 344 a 346

¹⁰² LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 445

debía conocer o conocía los derechos de un tercero en este sentido, adicionalmente, es menester agregar que debe tenerse en cuenta los derechos de esta índole en país en que se iban a comercializar las mercaderías, y a falta de este, en el país de establecimiento del comprador¹⁰³. Ahora, no procederá falta de conformidad por este entendido, cuando el contrato se haya celebrado sobre modelos, dibujos o diseños suministrados por el comprador.

Una vez se ha estudiado la no conformidad de las mercaderías como elemento de existencia, pasemos al estudio de la trasmisión del riesgo como segundo elemento de este entendido.

b. A tiempo de la transmisión del riesgo:

El artículo 36 establece que para le sea atribuible la responsabilidad al vendedor, la falta de conformidad debe existir al momento de la transmisión del riesgo, aun cuando ella se manifieste con posterioridad, es decir, la causa de la no conformidad debe existir en ese momento. Este requisito tiene una condición bastante particular, si bien la Convención cuenta con normas que regulan específicamente el tema, la práctica internacional poco uso de ella ha realizado, puesto que el tema de transmisión del riesgo en contratos de compraventa internacional suele verse regido por los INCOTERMS¹⁰⁴, de esta manera, la transmisión del riesgo será variable dependiendo del INCOTERM adoptado por las partes en el contrato.

Si bien, las partes pueden escoger libremente la regla que consideren pertinente (C. C., art. 1732). Pueden acogerse a los denominados INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), codificaciones de carácter privado que recogen los usos mercantiles internacionales. Respecto de las compraventas marítimas algunos INCOTERMS han sido recogidos en nuestra normativa mercantil (C.de Co., arts. 1693-1698). Entre otros aspectos,

¹⁰³ Ver, LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 446

¹⁰⁴ Ver, <http://www.barradecomercio.org/noticomext/incoterms.html#.VSG1vvmG9qU>

los INCOTERMS determinan el momento y el lugar de la transferencia de riesgos de las mercancías.¹⁰⁵

La consecuencia de la transmisión del riesgo, de conformidad a la Convención, es sencilla: una vez se ha realizado la transmisión del riesgo, el comprador está obligado a cumplir con sus obligaciones, con independencia de la pérdida o avería de la cosa¹⁰⁶, pero para que ello ocurra las mercancías deben haber sido plenamente identificadas, puesto que el riesgo solo se transmite respecto de bienes de especie o cuerpo cierto¹⁰⁷ en virtud, a la máxima jurídica: *Genus nunquam perit* (el género nunca perece, art. 1567 C.C.); y no extinguirían las obligaciones correlativas del vendedor; Adicionalmente solo procede en contratos translaticios de dominio¹⁰⁸. Tampoco extingue la obligación la fuerza mayor cuando se concentra exclusivamente sobre alguno de los cuerpos ciertos que se deben de manera alternativa (art. 1560 C.C.)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ La regla *res perit debitori* se aplica en los *Incoterms* (versión 2010) así: EXW (*Ex Works*- Grupo E), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías en su propio establecimiento; FCA (*Free Carrier* – Grupo F), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías al primer transportista; FAS (*Free Alongside Ship* – Grupo F), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías en el muelle, al costado del buque; FOB (*Free on Board* – Grupo F), el riesgo lo asume el vendedor hasta que las mercancías rebasan la borda del buque; CFR (*Cost and Freight* – Grupo C), igualmente, el riesgo lo asume el vendedor hasta que las mercancías rebasan la borda del buque; CIF (*Cost Insurance and Freight* – Grupo C), de nuevo, el riesgo lo asume el vendedor hasta que las mercancías rebasan la borda del buque, ahora según este término, el vendedor debe contratar un seguro; CPT (*Carriage Paid to* – Grupo C), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías al primer transportista; CIP (*Carriage and Insurance Paid to* – Grupo C), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías al primer transportista, ahora según este término, el vendedor debe contratar un seguro; DEQ (*Delivered Ex Quay* Grupo D), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías en el muelle del puerto convenido y DDP (*Delivered Duty Paid* Grupo D), el riesgo lo asume el vendedor hasta que entrega las mercancías en el lugar convenido en el país del importador. En todos estos casos se hace referencia a diferentes variedades de *entregas entendidas*.

¹⁰⁶ Artículo 66 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹⁰⁷ Debe recordarse que estas disposiciones referidas a la transmisión del riesgo, contenidas en la Convención de Viena, adicionan una regla a la denominada teoría de los riesgos en Colombia. Esta se encuentra consagrada en los artículos 1607 del Código Civil y 929 del Código de Comercio. Mediante la ley 518, se establecen las pautas para determinar quién asume la pérdida o avería de un bien de especie o cuerpo cierto, frente al silencio de las partes, en un contrato sometido a la Convención de Viena.

¹⁰⁸ Algunos autores, de manera minoritaria, han considerado que la teoría de los riesgos puede aplicarse a los contratos sinalagmáticos *in genere*. Sin embargo, es un completo desatino jurídico en la medida en la que resulta impropio confundir el incumplimiento de una obligación devenida de un contrato sinalagmático, por ejemplo, la obligación de la guarda de la cosa en el contrato de depósito; con quién realmente asume la pérdida del bien de especie o cuerpo cierto. Por regla general se debe aplicar el principio *Res per domini*, a aquellos contratos no translaticios, aun cuando el incumplimiento de la obligación de lugar a una indemnización que comprenda el restablecimiento de la situación jurídica inicial, que es diferente a realmente asumir la pérdida del bien.

¹⁰⁹ En efecto, existiendo por lo menos algún objeto *in obligatione*, el deudor siempre podrá cumplir con su obligación.

Por su parte, la convención contiene normas de carácter supletivo al respecto, Comprendidas en los artículos del 66 al 70; haciendo una diferenciación a partir de determinadas circunstancias, el riesgo se transmite al comprador en los siguientes cinco eventos:

(1) Cuando se hable de transporte de mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que las mercaderías se entreguen al primer porteador (Art. 67 (1)),

(2) Cuando se deba entregar a un porteador en un lugar determinado el riesgo se trasmite cuando las mercaderías se pongan en poder de dicho porteador en el lugar preestablecido (art. 67 (1)),

(3). Las mercaderías vendidas en tránsito, el riesgo se trasmite al comprador desde el momento de CELEBRACIÓN del contrato (Art. 68)

(4). En los casos diferentes a los anteriores, cuando el comprador se haga cargo de las mercaderías, y si no lo hace cuando debe, cuando las mismas sean puestas a su disposición (art. 69 (1));

(5). Cuando el comprador deba hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto al establecimiento del vendedor, cuando las mercaderías estén en dicho lugar y se haya puesto en su conocimiento que están a su disposición. (Art. 69 (2))

Los defectos del bien que se susciten con posterioridad a la transmisión del riesgo del vendedor al comprador, no pueden ser alegados bajo la falta de conformidad, pues es este quien asume, desde el momento de la transmisión, las consecuencias de la pérdida o avería de las mercaderías, debiendo de igual manera pagar el precio.

Sin embargo, existen dos eventos en los cuales la falta de conformidad puede ser alegada con posterioridad a la transmisión del riesgo. El primero de ellos, cuando le sea imputable al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor, vuelve a encontrarse presente la controlabilidad del riesgo como factor de atribución de responsabilidad del contratante. Y el segundo, cuando el vendedor ha otorgado una garantía en favor del

comprador; en ese caso responderá por la falta de conformidad durante el tiempo de vigencia de la garantía¹¹⁰.

c. Conocimiento del comprador:

Como último requisito de existencia, se requiere que la falta de conformidad se encuentre fuera de la razonable controlabilidad del riesgo del comprador, es decir, que de ninguna forma, pueda esta resultarle imputable. El comprador no debía conocer o no podía ignorar la existencia de la falta de conformidad al momento de celebración del contrato. Cuando la falta de conformidad surge por causa suya es lógico que no pueda invocar la protección¹¹¹.

En el caso de la conformidad jurídica, el vendedor sólo está obligado a responder al comprador por los derechos de terceros que conociera al momento de celebración del contrato. Bien fuera aquellos que, en contra de la buena fe precontractual, no dio aviso (*dolo in contrahendo*); y en aquellos casos en los que en su calidad, y por sus conocimientos sobre el mercado, debía conocer (*culpa in contrahendo*)¹¹². Sin embargo, de acuerdo al artículo 44.2 de la Convención, el vendedor no responderá, aún en estos eventos, cuando el riesgo se encontraba en la esfera de control del comprador, a saber, cuando este supiera o no hubiese podido ignorar dichos derechos, e incluso cuando el mismo comprador

¹¹⁰ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 289.

¹¹¹ Ver, LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 441. Y CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 286.

¹¹² Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 345

suministro diseños, especificidades técnicas, dibujos, etc; que conducen a que estos derechos se confieran al tercero.¹¹³

Sin embargo, la disquisición realmente trascendental en este particular recae sobre los vicios del consentimiento que pueden presentarse en relación al comprador. Es claro, que la convención de Viena de 1980, no regula la validez del contrato; para ello algunos doctrinantes piensan que debe seguirse los parámetros establecidos en el artículo 1508 y siguientes del Código Civil Colombiano¹¹⁴; no obstante, reconocen que esta solución conlleva a una indeseable e indiscutible dualidad e inseguridad jurídica, por lo cual proponen que este tipo de vicios del consentimiento no se apliquen a los contratos que rigen por la convención, y se limite a las acciones otorgadas bajo los supuestos de falta de conformidad que se contemplan en el artículo 35 del instrumento internacional¹¹⁵. Es decir, que la fuerza o dolo no son tenidas en cuenta, por cuanto el “error” como vicio del consentimiento es precisamente la no coincidencia, material o jurídica a la que refiere la falta de conformidad; en tanto la fuerza o dolo no puede regularse de manera uniforme a la luz de la convención.

Ahora bien, no está de más recordar que la compraventa promueve el principio de “internacionalidad” del contrato¹¹⁶; y en su artículo 9¹¹⁷ propone un sistema de fuentes

¹¹³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 288.

¹¹⁴ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 525

¹¹⁵ Ver, Morales Moreno y Martínez Cañellas, citado por ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pp 526 y 527

¹¹⁶ “**Artículo 7:** 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

¹¹⁷ **Artículo 9:** 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

aplicable al mismo; que propende por la uniformidad de este tipo de negocios jurídicos a la luz de lo que la doctrina ha denominado la nueva *Lex Mercatoria*¹¹⁸. En este sentido, y frente a esta laguna, es posible invocar la nulidad del contrato por un vicio del consentimiento, bien sea la fuerza o dolo, si se hace una interpretación internacional del contrato a la luz de los principios UNIDROIT.

En sus artículos 3.2.5 y 3.2.6, los principios UNIDROIT, plantean la posibilidad de anular el contrato, cuando la parte fue inducida a suscribir el negocio jurídico mediante maniobras dolosas o amenazas injustificadas. Indiscutiblemente esta es la solución implícita en la convención, por cuanto establece la interpretación uniforme e internacional del contrato, es lógico, en esta medida, que deba acudir a los instrumentos internacionales que regulan *in genere* o en concreto las vicisitudes que se deriven de cualquier contrato internacional; y que se prefieran estas a las soluciones propias de cada ordenamiento, salvo obviamente en los casos en los que las partes prevean válidamente la ley aplicable al contrato. Esto conlleva a una solución uniforme de carácter internacional, y se evita el desgaste innecesario de buscar la ley aplicable al contrato, de conformidad a los parámetros relativos en el derecho internacional privado.

Una vez estudiados los elementos de existencia de la falta de conformidad, resulta imprescindible ahondar en los requisitos que operan para que esta institución pueda ser alegada con éxito por el comprador.

ii. Elementos de validez de la falta de conformidad:

Estos elementos atañen a que la falta de conformidad pueda ser alegada de forma exitosa por el comprador. A saber, el examen a las mercaderías en un plazo razonable (a) y la notificación al vendedor en un plazo razonable (b)

a. El examen realizado a las mercaderías por el comprador:

El examen de las mercaderías para determinar la conformidad de las mismas, se constituye como un deber que recae en cabeza del comprador. Este procedimiento debe ser realizado en el menor tiempo posible, atendiendo al criterio de razonabilidad. Si bien la Convención

¹¹⁸ Ver, OVIEDO ALBÁN. Jorge. *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional-Antecedentes, estructura y fuentes-*. Bogotá, 2008, Editorial Ibañez. Pp 129 a 130

no establece un tiempo preciso si considera que debe realizarse en el plazo más corto atendiendo a las circunstancias y características del bien¹¹⁹.

La rapidez exigida en la práctica del examen obedece básicamente a dos razones particulares: la primera, es la causalidad del daño, cuanto más rápido se realice el examen más fácil establecer que la falta de conformidad es imputable al vendedor, y no a situaciones externas o ajenas a este. Y, en segundo lugar, entre menor tiempo transcurra, más sencillo le será al vendedor subsanar la falta de conformidad suscitada.

Para el tiempo en que se debe realizar el examen se ha de tener en cuenta en primer lugar lo estipulado por las partes, a falta de ello, la costumbre entre las mismas si se han realizado transacciones de este tipo anteriormente, o atender a las prácticas comerciales internacionalmente reconocidas, partiendo de la *“la diligencia que normalmente emplean las personas de dicho tipo de negocios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la posibilidad de recurrir a mecanismos técnicos particulares”*.¹²⁰

En aquellos casos el examen puede ser realizado por un tercero, por designación de cualquier índole del comprador o cuando las mercaderías han sido revendidas. En el primer evento, no existe problema alguno salvo, cuando por la impericia del tercero no se defecto a tiempo la falta de conformidad, por cuanto la responsabilidad de ello le es atribuible a la negligencia del comprador, independientemente de las acción que este pueda desplegar contra el tercero. En el segundo evento es menester que el vendedor tuviese conocimiento de la reexpedición de las mercaderías, bien fuere porque el comprador lo informo o por el uso de esta práctica entre las partes, y una vez cumplido este requisito el examen deberá hacerse cuando el tercero reciba las mercaderías; no obstante, Bianca¹²¹ precisa que cuando

¹¹⁹ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 290.

¹²⁰ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 290.

¹²¹ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 537

las mercaderías fueron recibidas por el tercero (vendedor final), y este no realizó el examen pertinente, se ven afectadas las acciones por el comprador inicial frente a quien originalmente transfirió el dominio de las mercaderías.

Finalmente, el jurista colombiano Juan Pablo Cárdenas¹²², precisa los últimos dos aspectos referentes a este requisito; el primero de ellos, implica el término para el examen empieza a contar cuando ha acaecido el plazo para la entrega de la mercadería; y en los casos en los que por entrega anticipada, el vendedor ha renunciado tácitamente a este plazo, cuando las mercaderías se entregan o ponen en disposición del comprador. Y en segundo lugar, aclara que la falta de examen *per se* no priva al comprador de ejercer la acción de falta de conformidad, pues esto solo ocurre cuando se vence el término para denunciar la misma frente al vendedor. De esta manera pueden existir defectos que se manifiesten con posterioridad y que no podían ser ignorados, en cuyo caso empieza a correr el plazo para notificarlos.

Una vez establecido este requisito, es menester analizar el plazo que se otorga al comprador para denunciar la falta de conformidad.

b. La notificación al vendedor en un plazo razonable:

Cabe advertir, que a diferencia del plazo anterior, la convención confiere en este particular un término no superior a dos años, excepto cuando la falta de conformidad obedezca a la mala fe del vendedor; entendiéndose este plazo de manera supletiva, es decir, que por regla general, podrán establecerse cláusulas que limiten esta responsabilidad, tanto en el tiempo como en la materia misma, e incluso cláusulas exonerativas de responsabilidad, en tanto las mismas se encuentren válidamente expresadas, sobre este particular se ahondara con posterioridad.

El deber de denuncia, no solo consiste en notificar la falta de conformidad de las mercaderías, adicionalmente comporta la obligación del comprador de comunicar la naturaleza del defecto. Así pues es deber del comprador comunicarle al vendedor en que

¹²² Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problema de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 291

consiste exactamente para que el mismo pueda tomar los correctivos. No obstante, no es necesario que el comprador señale concretamente la causa, baste con que el comprador enuncie los síntomas que comportan la falta de conformidad, para que se entienda que en la comunicación se ha entendido la naturaleza del defecto¹²³. Claramente, la falta de conformidad no podrá ser alegada por el comprador, cuando la misma le sea imputable, es decir, cuando por ejemplo el defecto devenga de modelos o materiales que han sido por el mismo suministradas o impuestas en el contrato. Adicionalmente, y aunque no existe pronunciamiento al respecto, la denuncia por la falta de conformidad debe contener el remedio que se busca por la falta de conformidad, como una carga contractual impuesta por la Convención, de suerte tal que sea más fácil tanto para el vendedor como para el comprador ocuparse al respecto.

En lo atinente al momento en que inicia el plazo de comunicación al vendedor, existen dos posturas: la primera, indica que los dos años empiezan a contar en el momento en que el comprador conoce el defecto o debía haberlo conocido, acudiendo al parámetro de comprador promedio¹²⁴; este postulado incurre en un error al proponer un concepto de comprador promedio¹²⁵, por cuanto indica la aparición de una responsabilidad subjetiva al establecer un parámetro de conducta óptima, derivando indefectiblemente en un criterio de diligencia; lo cual resulta contrario a la finalidad misma de la convención y al régimen de responsabilidad contenido en ella¹²⁶. No obstante, el yerro es fácilmente subsanable si se acude al artículo 9 de la Convención, para aludir a los usos *inter parte* o a la costumbre

¹²³ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 294

¹²⁴ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 294-296

¹²⁵ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 294

¹²⁶ El artículo 39 de la Convención de Viena, alude al criterio de razonabilidad, estudiado anteriormente; en esta medida no resulta correcto confundir lo razonable en atención a las circunstancias, con el hecho de proponer como parámetro para endilgar responsabilidad un comprador promedio, por cuanto esto torna subjetiva la responsabilidad, contrario al querer del legislador.

mercantil internacional como fuente, es más acudiendo a la carga contractual de actuar de forma razonable en atención a las circunstancias, que no es lo mismo que establecer un parámetro de conducta. Sin embargo, es menester analizar la segunda posición en la cual se propone que:

“El plazo empieza a contarse desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador. [...] la expresión hace referencia a la fecha en que se pusieron física y efectivamente en poder del comprador excluyendo fechas como la de recepción de los documentos relativos a la titularidad de los bienes”¹²⁷.

Ambas posturas, siendo completamente válidas y lógicas, deben analizarse a la luz del principio de la razonable controlabilidad del riesgo. Lo que implica, que es lógico que el plazo inicie en el momento en que el riesgo de conocer el defecto ingrese a la esfera de control del comprador; bajo este entendido, la postura de acudir a la interpretación literal del artículo 39 de la Convención, crea incertidumbre, por cuanto es realmente complicado establecer el momento en que el comprador “*debió conocer*” la existencia del defecto, aun acudiendo a un parámetro de comparación de “*comprador promedio*”, propuesta por el doctor Juan Pablo Cárdenas, e incluso a la costumbre internacional. Por el contrario, el profesor Arce Caicedo, busca dar precisión y claridad, realizando una interpretación finalista de la disposición; y que es a todas luces el momento en que efectivamente el riesgo de conocer el defecto ingresa a la esfera del comprador: “*el momento en el cual se ponen física y efectivamente las mercaderías en poder del comprador*”. Valga aclarar que este concepto resulta aplicable solamente frente al silencio de las partes, e incluso debe preferirse los usos de las partes, si los hubiere.

Existe adicionalmente una excepción cuando existe una garantía en favor del comprador, aunque ello depende del tipo de la garantía conferido. En este sentido debe entenderse que existen dos tipos de garantía: aquella que reemplaza a los remedios conferidos por la convención y aquella que se adicionan remedios. En el primer caso se entiende que el plazo

¹²⁷ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 545

de la garantía sustituye el plazo de la denuncia, aun cuando el mismo sea inferior a dos años; en el segundo caso, el comprador no pierde el derecho a reclamar por falta de conformidad. La naturaleza de la garantía debe determinarse por las partes en el contrato, en su defecto será determinada por el juzgador en el caso en que esto se presente¹²⁸.

Ahora bien, para que se entienda que la denuncia fue realizada, basta que el comprador emita la misma dentro del plazo y por los medios idóneos según las circunstancias; esto quiere decir, que se siguen los lineamientos del artículo 27 de la Convención. En consecuencia, cualquier error en la llegada de la comunicación o que la misma no llegue, en tanto ello no sea imputable al comprador, no lo privan de invocar la comunicación para reclamar la falta de conformidad¹²⁹.

Una vez estudiados los requisitos de la falta de conformidad pasemos a estudiar los remedios jurídicos de la falta de conformidad, conferidos por la convención de Viena.

D. Acciones conferidas a las partes por la falta de conformidad

“Ahora, regresando al mundo convencional, el problema revestía ciertamente mayores caracteres de gravedad. Sin embargo, la curiosa teoría que acababa de inspirarle su molicie, lo había desviado hacia una comarca de comprensión [...]”

Gabriel García Márquez, Ojos de Perro Azul

¿Cuál es la acción pertinente cuando la mercadería no es conforme? Cabe recordar que la Convención otorga una amplia gama de soluciones para ello, pero dichas acciones, proceden cuando se cumplen los requisitos anteriormente expuestos. La omisión de los requisitos, la ejecución imperfecta o fuera del tiempo, de la falta de conformidad, implica,

¹²⁸ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pp 546- 547

¹²⁹ Ver, ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 547

en principio, la imposibilidad jurídica de hacer valer los remedios¹³⁰. Sin embargo, esta regla no es absoluta.

El profesor Arce Caicedo, expone que la razón por la cual se flexibiliza esta imposibilidad: la preocupación por parte de los países en vía de desarrollo miembros de la Convención¹³¹. Es en virtud a ello, y como una excepción al artículo 39; que el artículo 44 propone que al presentarse una “*excusa razonable*” por parte del comprador, podrá pedir la rebaja en el precio o la indemnización de perjuicios, excluyendo expresamente el lucro cesante. Lo cual corresponde necesariamente a la necesidad de equilibrar el contrato, entendiendo que la excusa razonable da lugar a la búsqueda del reequilibrio contractual, algo similar a lo que se busca con la denominada teoría de la imprevisión¹³².

Analicemos con cautela este supuesto; en primer lugar ¿A qué se alude con excusa razonable?, el mismo profesor Arce Caicedo plantea la inconformidad y las continuas disquisiciones a las que ha conducido esta expresión; sin embargo no es tan complejo cuando, de nuevo, acudimos al concepto de las esferas de control. Que la excusa sea razonable, enerva la necesidad de que la razón de la excusa este fuera de la esfera de control del comprador, tanto de su esfera típica como atípica; que la misma sea extraordinaria, imprevisible, imprevista y que no hubiese podido controlar de manera alguna sus efectos. Esto excluye, obviamente, los eventos en los cuales se puede probar el actuar de mala fe por parte del vendedor, porque en ese caso no prescribe la falta de conformidad. Lo que conllevaría exclusivamente a entender, que no hubo falta de conformidad porque no hubo denuncia, y esto solo sería razonable, cuando el defecto se manifestó con posterioridad a los dos años, aun en el caso en el que el comprador realizó el examen exigido.

¹³⁰ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 544

¹³¹ ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pag 545

¹³² La teoría de la imprevisión, es una institución prevista para contratos de tracto sucesivo, que busca restablecer el equilibrio económico del contrato frente a situaciones extraordinarias, imprevistas o imprevisibles. Esta institución consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, excluye su aplicación en contratos de ejecución instantánea y contratos aleatorios. Sin embargo, los presupuestos de los que parte esta figura son extremadamente útiles en esta explicación, sin que implique que sea esta figura la que se aplique para el caso.

De esto se deriva entonces, que existen tres consecuencias jurídicas: la primera, consiste en el evento de ausencia total o parcial de los elementos de existencia, siendo imposible, irremediablemente, invocar cualquier remedio por falta de conformidad; la segunda cuando de manera injustificada existe ausencia total o parcial de los elementos de validez, en cuyo caso solo será posible alegarla una vez vencido el plazo, si se logra probar la mala fe del vendedor. Y finalmente, cuando existiendo la ausencia total o parcial, de manera razonablemente justificada, es posible invocar únicamente la rebaja del precio o la indemnización de perjuicios, excluyendo el rubro de lucro cesante, en pro de un equilibrio contractual ocasionado por el defecto del bien.

Dicho lo anterior, es indispensable entrar a dilucidar los remedios. En primer lugar, se debe aclarar que los efectos pueden observarse tanto desde la perspectiva del vendedor (i), como de la perspectiva del comprador (ii); y para concluir, se realizarán unas breves precisiones en lo referente a la responsabilidad derivada del tercero encargado (iii)

i. Desde la perspectiva del vendedor:

Si bien existen varias acciones que puede ejercer el vendedor frente al incumplimiento o frente al posible incumplimiento, sírvase de ejemplo la suspensión o resolución anticipada del contrato¹³³. La finalidad del presente acápite es analizar puntualmente aquellas que atañen al vendedor cuando se presenta una falta de conformidad sobre la mercadería. Como es lógico, cuando procede la falta de conformidad, el vendedor se consolida, en principio, como el deudor de la relación obligacional, por cuanto debe responder por el daño. En esta medida, la Convención confiere únicamente al comprador un derecho a subsanar, bajo su propia costa, el daño en la mercadería. De esta manera entraremos a estudiar este privilegio que le es conferido.

a. Plazo para subsanar

Este privilegio otorgado al comprador en el artículo 47 del instrumento internacional, surge en razón al propósito de subsistencia del contrato que se tuvo al momento de la redacción

¹³³ Ver, [TERNERA BARRIOS, Francisco. *La convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: matrimonio de dos culturas jurídicas*. TERNERA BARRIOS, Francisco y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio \(directores académicos\). *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, 2009, Editorial Universidad del Rosario y Editorial Legis. Pag 407.](#)

de la Convención de Viena de 1980, consiste básicamente en la posibilidad que tiene el vendedor, de subsanar en un plazo razonable el daño de las mercaderías, sin desconocer por ello el pago de los perjuicios que causó al comprador. Claramente subsanar bajo su propia costa, es decir, el pago del transporte, los riesgos derivados de su acción tal como la pérdida del bien, etc.

En principio, en el proyecto de la Convención de 1978, la norma del plazo para subsanar procedía siempre y cuando no existiere la resolución del contrato de compraventa; ello por cuanto la resolución procede exclusivamente frente a incumplimiento de carácter esencial; y adicionalmente no le es aplicable la disposición del artículo 27, es decir, que para que se entienda resuelto el contrato la parte que incumplió debe necesariamente recibir la notificación; no basta con que quien resuelve unilateralmente la envíe para invocarla; sino que es menester que la misma sea recibida, para que esta surta tal efecto¹³⁴.

Este plazo puede darse en dos momentos: el primero, cuando se ha realizado una entrega anticipada y existe una falta de conformidad de la mercadería entregada¹³⁵, ya que en este caso la obligación no es exigible en tanto no se venza el plazo conferido; el vendedor puede en el tiempo previo a ese vencimiento, subsanar la no conformidad. El segundo evento, es aquel en el cual ya se ha vencido el plazo, en cuyo caso puede hacerlo, si con ello no causa al comprador incertidumbre o inconvenientes excesivos, y sin incurrir en una demora excesiva en ello¹³⁶; En este caso, el plazo puede ser conferido por el comprador de conformidad al artículo 47, o pedido por el vendedor según lo establece el artículo 48.

Para ambos eventos es necesario que el vendedor emita una comunicación al comprador en la cual: manifieste su intención de subsanar, preferiblemente que indique en que consiste y el plazo que empleara para remediar el daño. Respecto al plazo en el cual se subsanará el daño, la redacción del artículo 48, parece indicar la obligación de determinar el plazo al establecer “[...] *el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su*

¹³⁴ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 299

¹³⁵ Ver, artículo 37 Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹³⁶ Ver, artículo 47 y 48 Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

petición [...]”, sin embargo, si no lo hace es posible entender que debe hacerlo en un plazo razonable teniendo en cuenta las circunstancias, los usos y la costumbre¹³⁷. Frente a esta comunicación el comprador puede aceptar o guardar silencio, pero si quiere rechazar debe hacerlo expresamente en el menor tiempo posible, ya que en virtud al artículo 27 de la Convención, basta con que el vendedor invoque el envío de la comunicación, y el silencio del comprador en un tiempo razonable, para hacer valido el plazo.

Empero, el rechazo *in limine* del comprador frente a la voluntad del vendedor de subsanar el daño, contraría, según la doctrina¹³⁸, el deber de mitigar el daño contenido en el artículo 77 de la Convención de Viena. Este deber consiste en la obligación del acreedor de adoptar medidas razonables para evitar nuevos daños o que los daños existentes se tornen más gravosos; en esta medida el deudor no responde por los daños que el deudor pudo haber evitado, aun cuando ellos pudieran ser razonables al tiempo del contrato¹³⁹. De esta manera, el comprador no podrá invocar aquellos perjuicios que se pudieron evitar, si el vendedor hubiese subsanado el incumplimiento.

Finalmente, el plazo para subsanar, contrario a lo establecido en el proyecto de 1978, suspende la posibilidad de resolver el contrato o de ejecutar cualquier remedio distinto, salvo la indemnización de perjuicios, hasta que se haya vencido el plazo para ello establecido o el vendedor haya notificado al comprador la imposibilidad sobreviniente de subsanar. No obstante, el comprador tiene siempre el derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial, de esta manera si llega primero la comunicación de resolución por parte del comprador, no tendrá cabida el plazo.

Dicho esto, procedamos al análisis de los remedios conferidos al acreedor de la obligación.

¹³⁷ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 299 - 302

¹³⁸ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 301

¹³⁹ Ver, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 264

ii. Desde la perspectiva del comprador:

Desde esta óptica, los remedios que da la convención, para un comprador que ha adquirido mercaderías no conformes, bien sea material o jurídicamente; pueden dividirse en cuatro: el primero, la resolución unilateral y extrajudicial del contrato (a), en segundo lugar, aquellos que implican la ejecución forzosa del contrato (b), en tercer lugar, la rebaja del precio; y finalmente los perjuicios que se pueden indemnizar (d).

a. Resolución

La resolución unilateral del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, a diferencia de nuestro sistema interno, no requiere declaración judicial, sin perjuicio que por esta vía se advierta si el fundamento de la resolución es conforme a derecho, y se proceda a invalidar y a condenar a quien abusivamente realizó la resolución.¹⁴⁰ Si bien, es extrajudicial requiere necesariamente, como se dijo en ocasiones anteriores, que la comunicación de la resolución llegue efectivamente a la contraparte, para que se pueda entender que se dio tal efecto jurídico. No sigue la regla general del artículo 27 de la Convención; es decir, no basta que el comprador que resuelve invoque el envío de la comunicación para que se entienda efectuada la resolución.

Para que proceda la resolución propuesta por el artículo 51 de la Convención, es necesario que el incumplimiento sea de carácter esencial. ¿Qué implica se considere esencial? En primer lugar, el criterio para determinar que el incumplimiento por parte del contratante ostente tal carácter, debe ser, objetivamente, de considerable importancia¹⁴¹, es decir, que debe conllevar a que el interés del contratante se vea seriamente comprometido, debe verse vulnerado el móvil de contratación: en pocas palabras debe llevar a entender, que en las circunstancias del incumplimiento el contratante no hubiese celebrado el contrato. Sobre

¹⁴⁰ Ver, TERNERA BARRIOS, Francisco. *Las resoluciones extrajudiciales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 358-360

¹⁴¹ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 307

este particular, las cortes a nivel mundial¹⁴², han adoptado diversos criterios para determinar cuando el incumplimiento puede considerarse esencial, sírvase de ejemplo que el defecto sea irreparable; no obstante, la conclusión a la que se ha llegado es que no es posible determinar parámetros o estándares fijos, debe mirarse en cada caso las circunstancias que envuelven el asunto y los términos del contrato; a fin de determinar el móvil de contratación, para poder establecer que obligación es realmente la causa de contratación. Cuando se establece la obligación que sirve de causa al contrato, es posible decir, que la violación de esta obligación es lo que ha de entenderse como *esencial*¹⁴³.

En segundo lugar, el incumplimiento requiere que la parte que incumplió hubiese podido prever razonablemente, es decir, que el riesgo del incumplimiento se encontraba dentro de la esfera típica de control. Ahora bien, también es posible que proceda si se encuentra en su esfera atípica, pero hubiese podido razonablemente evitar los efectos o el daño producido; de ahí la importancia del plazo para subsanar contenido en la Convención¹⁴⁴.

Finalmente el término para la resolución, esta puede producirse:

“[...] dentro de un plazo razonable después de que se haya tenido conocimiento del incumplimiento o después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al parágrafo 1 del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de este plazo suplementario; o después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor

¹⁴² Ver, fallos citados por el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía en los pie de páginas 209 a 216 en *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pp 308-309

¹⁴³ Ver, TERNERA BARRIOS, Francisco. *Las resoluciones extrajudiciales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 360

¹⁴⁴ “[...] debe considerarse el deseo de la parte de reparar o proveer bienes sustitutos sin causar inconveniencia irrazonablemente para la otra parte”. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 310

conforme al parágrafo 2 del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento”¹⁴⁵

b. Ejecución forzosa

Por ejecución forzosa¹⁴⁶, debe entenderse la idea traída del derecho continental, de exigir al deudor el cumplimiento del contrato frente al incumplimiento del mismo¹⁴⁷, acompañado naturalmente del resarcimiento pecuniario al que hubiere lugar. Este remedio jurídico, ajeno al derecho anglosajón, solo procede en los sistemas propios a esta vertiente jurídica, de manera excepcional; admitiéndose exclusivamente cuando la indemnización de perjuicios no es suficiente. Es por ello que la Convención en su artículo 28 respeta esta tradición jurídica y no aboca a los tribunales a dar aplicación¹⁴⁸.

En este sentido, dos de los remedios de la convención pueden entenderse como ejecución forzosa, al hacer el símil con las legislaciones de derecho continental: en primer lugar la reparación de las mercaderías no conformes (b.1) y en segundo lugar, la sustitución de las mercaderías que se encuentran afectadas por la falta de conformidad (b.2), las cuales no está de más advertir, operan de forma excluyente

b.1Reparación

Con respecto a la reparación de mercaderías, la posibilidad la otorga el artículo 46; El único condicionamiento para el ejercicio de este remedio, opera cuando en virtud de circunstancias que envuelven el contrato, resulte imposible o desproporcionadamente costoso. La imposibilidad física por ejemplo en el caso de mercaderías de naturaleza

¹⁴⁵ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 311

¹⁴⁶ La Convención de Viena de 1980, no alude en ningún momento al concepto de ejecución forzosa, esta categorización, realizada por el profesor De Verda y Beamonte, se incluye en el presente trabajo con el fin de asimilar las instituciones presentadas con las figuras del derecho interno; a fin de desarrollar posteriormente el objetivo del trabajo.

¹⁴⁷ Ver, artículo 1546 del Código Civil Colombiano.

¹⁴⁸ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 346.

perecedera; por demás ha de mirarse el caso en concreto y la finalidad del contrato para determinar si este remedio le es útil. Como se mencionó, si el comprador desea hacer valer este remedio, debe comunicarlo en la denuncia que realiza por la falta de conformidad.¹⁴⁹

b.2 Sustitución

Similar a lo que ocurre con la reparación, la sustitución de las mercaderías está prevista para aquellos casos en los que resulte factible y no se incurra en una excesiva onerosidad. La imposibilidad radica, por ejemplo, cuando los bienes objeto del contrato se consolidaban como bienes de especie o cuerpo cierto¹⁵⁰.

Por otro lado, la sustitución sólo procede en aquellos eventos en los que se encuentra presente un incumplimiento esencial, de conformidad a lo que se explicó anteriormente. Esto en virtud a que es un remedio que conlleva grandes riesgos para el vendedor, quien debe asumir el transporte o la pérdida del bien, dado el caso¹⁵¹. Así pues, debe incluirse en la denuncia, y está sujeta a que sea razonable en virtud de las circunstancias.

c. Rebaja del precio

Más allá de lo que se dijo anteriormente, el artículo 50 prevé la posibilidad de pedir proporcionalmente la rebaja del precio, esta rebaja se realiza teniendo en cuenta el precio de las mercaderías si las mismas hubiesen sido recibidas conforme al contrato.

¹⁴⁹ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 347. Y CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 305

¹⁵⁰ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 306

¹⁵¹ Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 346

Para este remedio, también se tienen en cuenta aquellos eventos en los cuales la entrega de las mercaderías no fue oportuna. Siendo esta incompatible con los demás remedios, no se acepta que se pida en los eventos en los cuales el vendedor ha subsanado a su propia costa los perjuicios devenidos del error en la entrega.

El profesor de Verda y Beamonte¹⁵², plantea que este remedio jurídico es propio de la tradición romana *actio quanti minoris*, de lo que se puede inferir que se busca la reparación integral del daño. Para esta reparación existen dos posturas: la primera, la correspondiente a la solución romana de la acción estimatoria: que la rebaja consista en el valor que realmente tiene el bien en el mercado con los defectos que comporta; y la segunda, la cual ha sido la adoptada por los tribunales internacionales, que consiste en las costas de reparación del bien, por lo que no es posible entenderse como un real restablecimiento, en la medida en la que el valor de la “rebaja” puede resultar superior incluso a la indemnización¹⁵³

d. Indemnización de perjuicios

Finalmente, la indemnización de perjuicios es un remedio que es común a cualquier incumplimiento y compatible con todos los otros remedios jurídicos antes explicados¹⁵⁴. La indemnización busca reparar la lesión al interés positivo, que se ha visto lesionado en la ejecución del contrato; es decir, busca reestablecer la relación económica devenida del contrato, de forma tal, que se deje al comprador en la posición en la que hubiese quedado de haber obtenido del cumplimiento exacto del contrato¹⁵⁵.

La indemnización que se procura con este remedio, comprende entonces dos rubros: el lucro cesante y el daño emergente. El primero de ellos, corresponde a la pérdida que se

¹⁵² Ver, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 352

¹⁵³ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 303

¹⁵⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario. Pag 220

¹⁵⁵ Ver, BIANCA, Massimo, *Derecho Civil, El Contrato, Tomo 3*, trad. Fernando Hinestrosa, y Edgar Cortés. Bogotá, 2007, Editorial Universidad Externado de Colombia. Pp 177-180.

hubiere evitado en el evento de haberse celebrado exitosamente el contrato; en tanto el segundo, busca resarcir la ventaja que hubiese obtenido el contratante de la celebración del contrato.

Para la tasación de estos perjuicios, se tiene en cuenta, de conformidad al artículo 74 de la Convención, el tipo de daños y el monto, que el contratante que incumple, en este caso el vendedor, hubiese previsto o razonablemente hubiese podido prever, al momento de la celebración del contrato¹⁵⁶. A diferencia de lo que pasa en el derecho interno, y por el tipo de responsabilidad a la que se ciñe a Convención, el monto de los perjuicios no se ve alterado cuando el agente actúa con dolo o culpa¹⁵⁷.

Una vez estudiada la falta de conformidad, entremos a analizar los efectos que esta tiene para el consumidor.

¹⁵⁶ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 302

¹⁵⁷ Ver, CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario. Pag 303

CAPÍTULO II: EFECTOS RELEVANTES DE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR LOCAL

“Cuando los amigos se entienden bien entre ellos, cuando los amantes se entienden bien entre ellos, cuando las familias se entienden bien entre ellas, entonces nos creemos en armonía. Engaño puro, espejo para alondras. A veces siento que entre dos que se rompen la cara a trompadas hay mucho más entendimiento que entre los que están ahí mirando desde afuera”

Julio Cortázar, Rayuela.

Resulta extraño pensar como dos regímenes que son entre sí aparentemente excluyentes, pueden llegar a entenderse, a armonizarse, para proteger un operador jurídico que se ha consolidado como una variante constante en las transacciones internacionales. El consumidor es, pese a la renuencia del legislador, un contratista internacional que recurre frecuentemente a este tipo de contratos; es él quien sin darse cuenta celebra, casi a diario, actos jurídicos en el mercado internacional: compraventa de mercaderías. Sin embargo, su protección no se ha visto reflejada en los tratados internacionales sino de manera excepcional, sírvase de ejemplo el tratado de Montreal de 1999, que establece claramente en su preámbulo “[...] la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional y la necesidad de una indemnización equitativa fundada en el principio de restitución [...]”. Por regla general el rol jurídico del consumidor, en transacciones de carácter internacional no solo no ha sido reconocido, sino que se ha visto expresamente excluido, tal como es el caso de la convención de Viena de 1980.

Dicho esto, el presente capítulo busca exponer cómo la falta de conformidad, entendida como se estudió en el capítulo anterior, puede ser la clave para proteger los intereses del consumidor local que pretende reclamar el defecto de un producto (I); y cómo puede realizarse efectiva e inequívocamente la aplicación de instituciones propias del derecho

mercantil internacional, al consumidor local que sin tener la intención, ha convenido en un acto jurídico de estas calidades (II)

A. Efectos de la protección jurídica de la falta de conformidad sobre el consumidor directo

“Cuando surge un vacío, alguien tiene que llenarlo. Todos lo hacemos”.

Haruki Murakami, 1Q84

Es menester aclarar, que no es de nuestra incumbencia las acciones del consumidor *in genere*; Para efectos de nuestro estudio nos centraremos en la responsabilidad por producto defectuoso que puede alegar el consumidor local, y las disposiciones relativas a ello. De esta manera, el nuevo estatuto del consumidor, ley 1480 de 2011, protege al consumidor que sufre daños derivados de un producto que comporta un defecto, incorporando esta protección de manera innovadora, puesto que este particular no se encontraba regulado en el Decreto 3466 de 1982.

De conformidad al artículo 5 numeral 17, el producto defectuoso *“es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”*. Es decir, aquel bien que engendra en sí mismo una característica tal que deriva en un daño para quien de él haga uso. En esta medida, y transportado a la falta de conformidad, un bien mueble que no ostente la conformidad material para el consumidor.

Para entender a cabalidad cuales son los efectos que puede llegar a tener la falta de conformidad en el consumidor local, es menester: en primer lugar, establecer quién es realmente un consumidor (i), en segundo lugar, cuándo se considera que la relación jurídica es efectivamente internacional (ii) y cuándo la relación contractual de consumo trasciende a la esfera internacional (iii).

i. Concepto de consumidor

Cabe recordar que existe una dicotomía jurisprudencial y doctrinal respecto a cuál es realmente el factor que determina la calidad de consumidor. Las posturas, a saber, son la finalidad personal, doméstica y familiar que se le dé a las mercaderías adquiridas; Y por otro lado la idea de desequilibrio contractual. Ambas posturas han sido sostenidas tanto a nivel nacional como internacional.

La primera postura, alude a la finalidad del bien objeto del contrato. Esta postura ha tenido gran acogida en la jurisprudencia internacional, nacional y en la doctrina. En Colombia, esta postura se ha consolidado como la postura mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia, sírvase de ejemplo lo propuesto por la Corte Suprema de Justicia:

“En este orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social -, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo¹⁵⁸.”

Sin embargo, no ha sido una concepción inmutable por parte de la jurisprudencia, principalmente la Superintendencia de Industria y Comercio ha oscilado entre ambas posturas con bastante regularidad. En su esfuerzo incansable por establecer que consumidor alude al consumidor final del bien, ha derivado en una disquisición jurídica inane sobre el concepto de consumidor. Así es posible encontrar, proferidas por la misma entidad ambas concepciones. Por ejemplo, En concepto de 2011, y aunque no es su postura tradicional y actual, afirmo:

“[...]pero para ser considerada como tal se debe tener en cuenta necesariamente que los bienes adquiridos deben ser bienes de consumo y

¹⁵⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 5000131030011999-0442. Mayo 3 de 2005. MP César Julio Valencia

*no bienes de capital, y **que entre el productor y el consumidor exista un desequilibrio que favorezca al primero**¹⁵⁹”(Subrayado y negrillas propia)*

Esta misma postura ha sido sostenida por la jurisprudencia colombiana de manera excepcional:

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas¹⁶⁰”

Algunos doctrinantes han considerado, por ejemplo, la postura tradicional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consiste en la finalidad de las mercaderías¹⁶¹:

“[...] para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el abogado general en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de

¹⁵⁹ Concepto del 22 de Noviembre de 2011, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad: 01085864

¹⁶⁰ Sentencia C-1141 de 2000, Corte Constitucional Colombiana. Mp. Antonio Barrera Carbonell

¹⁶¹ Ver los fallos citados por VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf> **Pp 311-316** y la conclusión a la que llega el mismo doctrinante al decir: “En este orden de cosas, se puede afirmar que la definición comunitaria prevalente de consumidor es la de “consumidor final privado”; consumidor es la persona física que contrata para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares ajenas a su profesión u oficio”.(Pag 315)

contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional¹⁶²”

No obstante, desde mirada más detallada y minuciosa, se puede establecer que la dicotomía es inexistente y la discusión irrelevante, el error de la jurisprudencia colombiana, e incluso de la doctrina, ha consistido de confundir *consumidor final* con *finalidad del bien* como factor de caracterización del consumidor. Pues al leer la jurisprudencia anteriormente citada, tanto las corporaciones colombianas, como internacionales, han tratado de establecer que Consumidor es aquel destinatario final del bien, más no quien se encuentra inmerso en la cadena de producción, y han tratado de asimilar esto a la finalidad de la mercadería, creando gran confusión. No es lo mismo decir que el consumidor es el consumidor final del producto, bien o servicio; A decir que es consumidor dependiendo de que finalidad adquiera al bien, producto o servicio, pues aunque parecidos en su efecto difieren en su naturaleza.

Si optamos por la interpretación que identifica al consumidor como aquel que compra el bien para una determinada finalidad, encontramos un concepto de consumidor puramente objetivo, el cual depende exclusivamente del uso que se dará al bien o servicio. Perdiendo de vista que la protección está diseñada para reequilibrar la situación contractual. Por otro lado, si se entiende que el consumidor es aquel consumidor final, es decir aquella persona que no esté inmersa en la cadena productiva, encontramos que tiene una connotación puramente subjetiva, pues el hecho de no estar inmerso en la cadena productiva denota una clara situación de asimetría en el mercado, una desigualdad en la información. Es circunstancial y variable, está determinada por la calidad del sujeto y no por la finalidad del objeto.

Dicho esto, considero pertinente ir más allá de los tecnicismos propios de la ley, resultando pertinente analizar la situación desde una perspectiva finalista y axiológica para entender cabalmente la intención legislativa; así pues, *“El derecho del consumo o la protección al*

¹⁶² Ver la controversia entre Dentalkit y Benancasia, citada por VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf> Pag 313.

*consumidor hace parte de una tendencia del derecho privado moderno, encaminada a la búsqueda del equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas que son consideradas asimétricas o desproporcionadas por la calidad de las partes que intervienen en ésta*¹⁶³.

Esto conlleva necesariamente a la búsqueda de la relación de igualdad real de la que parte el derecho privado, no escapándose de ella la contratación internacional, es decir, la protección al consumidor enerva la incansable búsqueda de equilibrio contractual, ideal de estas relaciones. La aplicación de los principios que orientan el derecho del consumo en una relación de contratación internacional, no es cosa distinta que propender por este equilibrio, adhiriéndose al principio de la buena fe que orienta el derecho contractual en general, y encontrándose por esta razón inmersa en la esfera del derecho internacional privado. Pero ¿Cuándo se entiende que una relación es internacional?

ii. La internacionalidad de las relaciones jurídicas.

Varios son los criterios que se han adoptado para entender una relación contractual como internacional, esta idea en nuestro ordenamiento data desde el Código Civil de Don Andrés Bello, en él algunas disposiciones procuran establecer criterios de internacionalidad de los contratos y a proponer una solución respecto a su ley aplicable. En primer lugar, su artículo 20 establece que todos aquellos contratos que tengan por objeto bienes situados en territorio colombiano, y aquellos en los que en su propiedad tenga interés o derecho la nación, deberán regirse por la ley colombiana.

Algunos comentarios merece esta disposición jurídica¹⁶⁴: en primer lugar es posible observar que el criterio *Lex Rige Site* es en principio propuesto exclusivamente para los bienes, los derechos puramente reales, lo cual permitiría inferir que es posible que los derechos personales que devienen de un derecho real se rijan por la ley extranjera, *verbi gratia*, el pago de los cánones de un apartamento que se encuentra en arriendo pueden ser fijados en virtud a una ley que no sea necesariamente la colombiana. Por otro lado, es particular relevancia anotar que esta disposición tiene un alcance bastante mayor al que

¹⁶³ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>

¹⁶⁴ Ver, Artículo 20 Código Civil Colombiano.

tuvo en el momento en que fue concebida, pues para aquel entonces los bienes sobre los cuales el Estado podía tener interés o derecho de propiedad no comprendían ni la mitad de aquellos que hoy en día han entrado a esta categoría, piénsese en los recursos naturales no renovables como los yacimientos petroleros, los tesoros y bienes que componen hoy en día el patrimonio cultural y arqueológico; pues para aquel entonces esos bienes eran propiedad de los particulares, por regla general.

Finalmente, en lo que respecta al Código Civil, los artículos 21 y 22, establecen la imperatividad de la ley colombiana cuando la solemnidad requerida por el contrato obedezca a una escritura pública. Esta disposición se constituye como una norma de orden público a nivel internacional.

Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 869 establece que todo contrato celebrado en el extranjero, cuya ejecución se realice en Colombia, deberá regirse por la ley colombiana. Dos interpretaciones ha realizado la doctrina al respecto, la primera de ellas, lo que el profesor Jorge Oviedo Albán¹⁶⁵, ha bautizado la teoría restrictiva, implica que esta norma es considerada de orden público internacional y por esta razón si se desconociera el contrato estaría viciado de objeto y lícito. En contraposición, la teoría amplia, propone que esta norma no es de carácter imperativo, sino puramente dispositiva, puesto que a diferencia de aquella atinente la agencia mercantil (1328 CCo), no contiene una sanción que implique que la disposición en contrario se entienda como no escrita.

Lo anterior obedece a lo que la doctrina había, hasta aquel entonces, entendido como los criterios tradicionales de internacionalidad de las relaciones contractuales en el derecho privado colombiano. Sin embargo, al analizar con cautela, no implican *per se* un criterio que permita inferir cuando el contrato es internacional. Concretamente en Colombia, los criterios han sido establecidos por la ley 1563 de 2012, aunque previstos para el contrato de arbitraje, existe una postura novedosa y creciente a entenderlos para todos los contratos en

¹⁶⁵Ver, OBIEDO ALBAN, Jorge. *Los principios UNIDROIT como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana de 21 de febrero de 2012.* Disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion3/principios-de-unidroit-como-reglas-aplicables-al-contrato-internacional.pdf>

general. Así el artículo 62 de esta norma establece que el contrato será internacional cuando:

- “a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.”*

La doctrina en general ha establecido que entenderlos como exclusivos del contrato de arbitraje es discriminatorio, y atenta contra el principio de igualdad propuesto por el artículo 13 de la Constitución¹⁶⁶. Así pues, cuando un contrato se encuentra inmerso en una de estos tres eventos, cualquiera que sea su naturaleza, debe entenderse como internacional y atender a su sistema propio de fuentes, las prerrogativas, deberes y derechos que ellos conllevan.

A ello no ha de escaparse el contrato que se celebra entre el consumidor y el vendedor que se encuentra fuera del territorio colombiano y sin ningún tipo de sucursal en nuestro país. De esta forma surge el contrato internacional de consumo. Ahora bien, en el caso de las mercaderías, la Convención incorpora su propio concepto de internacionalidad:

“[...] el elemento extranjero que señala la internacionalidad del contrato de compraventa, y por ende, la aplicación directa de la convención, es el de la ubicación del establecimiento de las partes, y no otros como pueden ser: la nacionalidad de las mismas; el lugar de celebración y/o ejecución, el lugar de ubicación de las mercaderías objeto del contrato, etc. En la

¹⁶⁶ Ver al respecto ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. *El régimen jurídico de los contratos internacionales en Colombia*. En la obra colectiva *Derecho internacional de los negocios. Alcances. Tomo III*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad Externado de Colombia.

actualidad, concurre esta tesis con otra que se ha venido desarrollando para determinar la internacionalidad del contrato, que es denominada “tesis del efecto internacional”, según la cual el contrato es internacional cuando quiera que afecte los intereses del comercio internacional”¹⁶⁷

Para efectos de este trabajo, el contrato internacional de consumo de mercaderías alude exclusivamente a aquellos eventos en los cuales los contratantes tienen su residencia efectiva en lugares distintos, estando necesariamente el consumidor en Colombia, independientemente a la nacionalidad de este. De lo contrario no es lógico que confluyan ambos elementos legales por cuanto el carácter territorial de la ley 1480 impide que la misma tenga validez más allá del territorio colombiano, y la ley 518 limita su aplicación al criterio anteriormente expuesto. No siendo esto óbice para que existan otro tipo de contratos internacionales de consumo, piénsese, por ejemplo, en la compraventa en la compraventa de naves o aeronaves, estos tendrán sus propias particularidades.

iii. Eventos en los cuales la relación de consumo trasciende al ámbito internacional

Teniendo claro cuando el contrato ha de considerarse internacional, resulta acertado preguntarse cuando este contrato está sustentado en una relación de consumo. Si nos ceñimos en una primera instancia a lo establecido en la ley 1480 e incluso a la misma Convención¹⁶⁸, la relación será de consumo cuando los bienes objeto del contrato tengan la finalidad de satisfacer una necesidad personal o doméstica, e incluso cuando una persona jurídica, que se ha entendido como comerciante, la adquiera para una finalidad distinta a su actividad económica. Sin embargo, a mi entender, no es tan claro que sea la finalidad del bien lo que determine la calidad de la relación. Atendiendo a lo explicado anteriormente, si se analiza con cuidado lo que se busca con esta definición de consumidor no es cosa distinta que el nivel de experticia o de conocimiento del contratante sobre los bienes que va

¹⁶⁷ ESPINOSA QUINTERO. Leonardo. *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana. Pag 464

¹⁶⁸ Ver artículo 5 numeral 3 de la ley 1480 de 2011 y artículo 2 literal a de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

a adquirir, el manejo del mercado en el cual va a realizar la transacción, más allá del uso que decida darle a los mismos; pues esto es lo que determina la igualdad de las partes en el contrato a celebrarse, y lo que en términos de la convención puede marcar la pauta en la razonable controlabilidad de los riesgos que del acto jurídico resulten.

Es factible entonces, entender que el contrato internacional se construye a partir de una relación de consumo, cuando resulta razonable que el comprador de las mercaderías no conozca el mercado o no ostente la suficiente experticia sobre los bienes objeto del contrato, es decir, cuando se presente un razonable desequilibrio entre los contratantes. El concepto de lo razonable, como se explicó en la teoría de esferas de control, debe ser circunstancial, nunca puede verse imbuido en parámetros absolutistas o genéricos. Piénsese en aquellos eventos en que el comprador domine a la perfección el mercado e incluso tenga más conocimiento de él que el mismo vendedor, aun siendo los bienes para uso personal o doméstico, por ejemplo, el caso de un coleccionista o un aficionado, en cuyo caso la relación se desenvuelve en un perfecto equilibrio y resultaría incluso contrario a los actos propios alegar calidad de consumidor para estos efectos.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, a saber, la territorialidad de la ley de protección al consumidor y la finalidad de la misma, es claro que ceñirse a la normativa de consumo propio de cada estado, es decir, que el contrato que ostente las características anteriormente mencionadas se rija parcialmente por las disposiciones propias del derecho del consumo del estado del comprador, es una idea que resulta engorrosa y contraria a la finalidad propia de celeridad que ostenta las transacciones comerciales internacionales y a la interpretación internacional que ha buscado dársele a los contratos de este tipo. En esta medida, a lo que debe atenderse para regular el consumo internacional, es, como se ha venido repitiendo, la idea de reequilibrio contractual, partiendo de la obligación de actuar de buena fe y con lealtad en estas relaciones. Se debe propender por la orientación de las instituciones propias del derecho mercantil internacional a la igualdad real entre los contratantes, haciendo todo lo posible para que el contrato mismo sea quien irrumpa en la evidente desventaja en la que se encuentra el contratante y lo sitúe en una posición igual a la del vendedor, o cuando menos, le permita tener herramientas para proteger sus intereses en el contrato.

La forma en la que se puede recurrir a la Convención para proteger al consumidor e idoneidad de la falta de conformidad para la protección por productos defectuosos en un contrato internacional, es posible establecerla en razón a la finalidad misma de la falta de conformidad como institución; baste recordar que fue prevista para aglutinar aquellos supuestos en los que el bien ostenta un defecto, bien sea jurídico o material. De esta manera, resulta factible que la falta de conformidad engendre el supuesto contemplado en la ley 1480 sobre responsabilidad por producto defectuoso. Así pues, se subsume, a nivel internacional, la responsabilidad por producto defectuoso en los supuestos de la Convención de Viena por falta de conformidad.

Esta postura, puede entenderse bajo los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cuando la misma corporación afirma que:

“[...] el derecho del consumo comprende no solamente las reglas aplicables a los actos de consumo, sino también aquellas que tienden a proteger a los consumidores, aún si éstas no se aplican directamente a ellos. Así, el derecho del consumidor puede situarse en relación con los derechos comercial, económico, de la competencia, de la distribución y ambiental¹⁶⁹”.

Entendiendo de lo anterior que la protección al consumidor no puede limitarse, debe complementarse con aquellas disposiciones, que aunque ajenas al Estatuto, propenden por la protección al mismo operador jurídico. Pero si bien esto explica la pertinencia de la falta de conformidad, para la protección al consumidor, también deviene en múltiples interrogantes: ¿Cómo opera la falta de conformidad cuando se presente una responsabilidad por producto defectuoso? ¿Por qué es posible aplicar una institución propia del derecho internacional privado frente a una norma de orden público? ¿Qué elementos se requieren para alegar la falta de conformidad? ¿Ante quién puede el consumidor alegar la falta de conformidad? ¿Existen otros mecanismos internacionales que coadyuven al cumplimiento de la protección del consumidor? A continuación pretende darse respuesta a estos interrogantes.

¹⁶⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 5000131030011999-0442. Mayo 3 de 2005. MP César Julio Valencia

B. El problema de concurrencia y operatividad de la falta de conformidad

“[...] es decir que en todo acto había la admisión de una carencia de algo no hecho todavía, y que era posible hacer, la protesta tácita frente a la continua evidencia de la falta, de la merma, de la piedad del presente”

Julio Cortázar, Rayuela

Reconociendo la existencia del consumidor, como un operador jurídico de las transacciones internacionales devenidas de la Convención de Viena, no es ajeno a las normas impuestas por este Estatuto, empero, este operador jurídico ha sido objeto de protección especial en la legislación interna, mediante normas que se han considerado como de orden público; de lo cual se sigue preguntarse ¿Cómo es posible preservar la protección especial al operador jurídico, que se configura como una parte débil en la relación contractual, cuando dicha relación a trascendido a la esfera internacional?

Indiscutiblemente, la Convención en sus inicios procuro excluir el consumo como un tema de su ámbito de aplicación; desafortunadamente la realidad jurídica y económica ha sufrido transformaciones que no pueden resultar indiferentes al derecho; tal es el caso de las ventas realizadas por redes sociales por personas que tienen sede en diferentes estados, las compras a productores extranjeros cuyas empresas no cuentan con sede en Colombia, entre otras tantas. Las TIC y la globalización comportan sin duda alguna, un cambio significativo en las transacciones que se desenvuelven en el comercio internacional. Así pues, debe buscarse la aplicación de herramientas preestablecidas, en tanto el legislador se ocupa concretamente del particular, en razón de la función social que debe cumplir el derecho: adaptarse a la realidad a fin de satisfacer las necesidades de sus operadores.

Ahora bien, tanto la Ley 518 como la Ley 1480, buscan proteger al comprador que sufre un determinado perjuicio derivado la mercadería o bien objeto del contrato, la finalidad de este estudio consiste en encontrar la herramienta pertinente para armonizar ambas figuras, de suerte tal, que se conserve las prerrogativas propias del consumidor sin verse afectada la seguridad jurídica del proveedor o productor internacional. Así, es necesario en primer

lugar, analizar cuando la falta de conformidad resulta compatible con el concepto de producto defectuoso (i), que elementos son necesarios para que pueda alegarse de manera exitosa (ii), cuál es la razón de esta aplicación (iii) y, finalmente, los mecanismos procesales con los que cuenta el consumidor (iv)

i. Supuestos en los que surge la falta de conformidad para proteger al consumidor local

Previamente se hizo un análisis profundo sobre la falta de conformidad como institución jurídica propia del derecho internacional privado; ahora corresponde analizar cuando se configura la responsabilidad por producto defectuoso de conformidad al Estatuto; De esta manera será posible determinar en qué eventos coinciden ambas instituciones, y dar aplicación a la figura internacional, en reemplazo a la nacional, a fin de armonizar los intereses tanto de las disposiciones legales, como de los contratantes.

Para entender la responsabilidad por producto defectuoso, es necesario en primer lugar, ahondar en el concepto de *producto defectuoso*, entendido como aquel “*mueble o inmueble que en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho*¹⁷⁰”. Debiendo entenderse por *seguridad* “*aquella condición del producto que situaciones normales de utilización no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores*¹⁷¹”

Ahora bien, tanto la Corte Suprema de Justicia como la doctrina, han realizado la distinción entre la responsabilidad por producto defectuoso, y la no idoneidad del producto, de suerte tal que:

“[...] se definen claramente la independencia de los asuntos de falta de idoneidad y falta de seguridad. En ese orden de ideas, en caso de la falta de idoneidad, calidad y seguridad, operará la garantía del bien, mientras que las reglas por responsabilidad civil por producto defectuoso

¹⁷⁰ Artículo 5 numeral 17 Ley 1480 de 2011

¹⁷¹ Artículo 5 numeral 14 Ley 1480 de 2011, el cual en su parte final aclara: “*en caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro*”

*solamente se aplican en casos de daños sufridos a la salud o integridad del consumidor o a los bienes de este*¹⁷²”.

De esta manera es posible establecer que para que exista responsabilidad por producto defectuoso, no basta con que el producto comporte un determinado defecto, jurídico o material; no basta siquiera que sea o se presuma inseguro en términos de ley, para que se configure la responsabilidad este defecto debe haber ocasionado un daño. Ahora el daño debe ser calificado, no cualquier daño es susceptible a ser alegado bajo este supuesto de responsabilidad, a saber, debe haber causado muerte o lesiones corporales o daño a bienes distintos al producto en mención¹⁷³. No obstante, ¿Cuáles son los parámetros para realmente poder indilgar la responsabilidad al productor o proveedor internacional?

Pues bien, el artículo 22 de la Ley 1480 de 2011 establece claramente las causales de exoneración de responsabilidad, los cuales en conjunto con lo propuesto en los artículos 20 y 21 del mismo instrumento delimitan las esferas de control propias de este tipo de responsabilidad. La teoría de las esferas de control, resulta un elemento fundamental en la armonización de ambos instrumentos, pues cabe recordar que estas son delimitadas circunstancialmente para cada uno de los contratantes, así resulta pertinente dar una aplicación práctica teniendo en cuenta que la responsabilidad por producto defectuoso puede desarrollarse dentro de la responsabilidad tanto contractual, como extracontractual de manera perfectamente compatible con la responsabilidad prevista por el estatuto, pues como ha sido entendido “[...]se deberán aplicar las reglas de responsabilidad previstas en el estatuto del consumidor, es decir la responsabilidad sin culpa¹⁷⁴”

Recordemos que la teoría de las esferas de control busca prescindir de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad. La aplicación de esta teoría, permite armonizar la falta de conformidad con la responsabilidad por productos defectuosos, de suerte tal que la delimitación de las esferas de control dé seguridad al momento de atribuir responsabilidad al vendedor, en tanto protegen los intereses del consumidor como parte débil de la relación contractual.

¹⁷² Concepto del 5 de Abril de 2013, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. 13-040240-00002-0000

¹⁷³ Ver, artículo 20 de la Ley 1480 de 2011

¹⁷⁴ Concepto del 5 de Abril de 2013, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. 13-040240-00002-0000

Por un lado las esferas de control del vendedor se ven concretamente definidas de la siguiente manera: por un lado la esfera típica, comprendida por los riesgos que efectivamente asume al momento de celebrar el contrato, por aquellas lesiones corporales, muerte, o daños a bienes distintos, que puede ocasionar, no solo al comprador, sino a toda persona que en virtud a la correcta utilización del bien pudiere hacer uso de ella; Esto en virtud al diseño, fabricación, embalaje, construcción e información. Por otro lado la esfera atípica, se delimita por aquellos riesgos que se concreten no siendo previsibles pero evitables, superables o controlables, cuando menos en sus consecuencias, para ello ha de tenerse en cuenta las cargas de información y publicidad, propias del estatuto del consumidor, que nos son cosa distinta a la manifestación de la buena fe contractual del vendedor; pues al ser claro que las esferas de control se construyen propias a cada operador jurídico; el vendedor debe prever la incapacidad de discernimiento de un comprador que no ostenta el nivel del experticia en el mercado. Corresponde entonces al vendedor, configurar su esfera de control; previendo los daños y el monto de los mismos, pues si de su actuar resulta que no existe razonabilidad o resulta que no le era previsible al consumidor el riesgo y sus consecuencias, ha de ser el a quien se le endilgue responsabilidad por el daño generado por las mercaderías.

De otro lado, cabe recordar que para que la responsabilidad se configure en esta teoría, se requiere que el daño producido se encuentre dentro de las esferas del vendedor, anteriormente definidas, pero fuera de las esferas de control del consumidor. Para definir las esferas de control del consumidor o del tercero que haya padecido el daño, debe observarse con detenimiento el artículo 22 de la Ley 1480. El consumidor o tercero verá delimitada su esfera típica por la utilización inadecuada de la mercadería, en tanto su esfera atípica lo estará el deber de mitigar el daño, desarrollado por la jurisprudencia: “[...] *en el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra*

padeciendo."¹⁷⁵ Y reconocido de igual manera por el artículo 79 de la Convención de Viena.

Esta misma teoría permite inferir que no existe responsabilidad cuando el daño causado este fuera de las esferas de control de ambas partes, es decir fuera de las esferas del vendedor y fuera de las esferas del consumidor o del tercero afecta; así permite que los eventos restantes descritos en el artículo 20 no comporten supuesto alguno de responsabilidad¹⁷⁶. Por su parte el concepto de *razonabilidad* propuesto por el Estatuto respecto al producto y a la seguridad del mismo, coadyuva a armonizar ambas instituciones bajo la aplicación de la teoría de las esferas de control, por cuanto permite la aplicación del principio de la razonable controlabilidad del riesgo; Es más la implementación de esta teoría permite dar un alcance real a estas expresiones.

De esta forma, es posible observar como la responsabilidad por productos defectuosos se subsume dentro de los supuestos contemplados por la falta de conformidad, dada la finalidad del legislador al realizar la figura; Convirtiéndose la responsabilidad por producto defectuoso una especie de falta de conformidad. Pero ¿Cuáles son los requisitos para poder alegarse exitosamente?

ii. Elementos necesarios para que la falta de conformidad pueda proteger al consumidor

Para establecer los requisitos que deben cumplirse en este supuesto fáctico, ha de tenerse en cuenta que existen requisitos extrínsecos y requisitos intrínsecos. Los primeros atañen a las condiciones generales que permiten la armonización de la figura internacional con la interna; En tanto los segundos son los requisitos particulares para que exista la responsabilidad del vendedor, la equiparación de los elementos de la falta de conformidad a la luz de la responsabilidad por producto defectuoso. En virtud a que estos elementos han sido ampliamente desarrollados en acápites anteriores, se hará una breve enumeración sin ahondar en particularidades previamente expuestas.

¹⁷⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01 Diciembre 16 de 2010. MP Arturo Solarte Rodríguez

¹⁷⁶ Numerales 5 y 6 del artículo 20 de la Ley 1480 de 2011

Los requisitos extrínsecos que permiten la aplicación de la falta de conformidad, en lugar a la responsabilidad por producto defectuoso, son: en primer lugar, internacionalidad de la relación jurídica: el consumidor debe residir en Colombia, en tanto el vendedor debe tener su residencia en otro estado y no contar con sedes o sucursales en territorio colombiano. En segundo lugar, la calidad de consumidor ostentada por el comprador, que permita inferir la asimetría en la información y en el manejo del mercado, que exista un desequilibrio razonable entre las partes que celebran la compraventa. Y, Finalmente, que el objeto del contrato verse sobre bienes de carácter mueble y corporal. Una vez cumplidos estos requisitos, debe entrarse a analizar los intrínsecos para que la figura adquiera plena aplicabilidad.

Respecto a los requisitos intrínsecos, encontramos que son: en primer lugar, que la no conformidad atenderá únicamente al criterio material, devenida de un problema de seguridad que haya causado un daño calificado o bien directamente al consumidor, o a un tercero. Claramente este daño, como se explicó anteriormente, no puede encontrarse dentro de las esferas de control del consumidor, es decir, dado el caso en que el daño se produzca por un defecto en el diseño, dicho diseño no puede haber sido suministrado por el consumidor.

En segundo lugar, encontramos que la causa del daño, es decir el defecto que comporta el riesgo para la seguridad, no puede encontrarse después del momento en que efectivamente la mercadería fue puesta a disposición del consumidor; Así, el supuesto del artículo 20 en su numeral 5, toma pleno sentido: *“cuando el defecto es consecuencia de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma.”*

En tercer lugar, encontramos que el daño no sea imputable bajo ningún título al tercero o al consumidor, de ahí la necesidad de información y la noción de consumidor medio, entendiendo por este concepto aquel *“que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos¹⁷⁷”*. Que no pudiera conocer o prever el daño o que pudiera superar, controlar o evitar sus consecuencias. Juega en este requisito vital importancia la información y publicidad del producto, desde la perspectiva del vendedor; en tanto lo hace la adecuada utilización de la mercadería por parte del tercero o consumidor en atención a dicha información. Ahora no

¹⁷⁷ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf> Pag. 311

pretende protegerse al consumidor de sus actuaciones puramente pasivas o carentes de sentido común, de ahí la necesidad de entender que si bien existe una asimetría, la misma no puede ser protegida en extremo, *contrario sensu*, la noción de consumidor medio tiende a delimitar su esfera de control para que pueda existir realmente responsabilidad.

Finalmente, está en cabeza del consumidor el deber de reclamar frente al vendedor el daño ocasionado debiendo poner en su conocimiento: la existencia del defecto, la existencia del daño y el nexo causal entre ambos¹⁷⁸, pero adicionalmente debe, por tratarse de prerrogativas propias de la convención de Viena, proponer cómo desea que se repare dicho perjuicio. Sobre este particular haremos referencia en los aspectos procesales. Por ahora baste decir que es necesario que se comunique al vendedor dentro de los dos años siguientes a la producción del daño, salvo en aquellos eventos en los que pueda probarse mala fe del contratante, pues la acción no prescribe.

Si bien la aplicación de la falta de conformidad, como institución sustituta de la responsabilidad por producto defectuoso, no comporta mayor problema; nos ocupa un aspecto de trascendental importancia: la calidad de orden público del Estatuto, que implica, en principio, la imposibilidad de aplicar norma distinta frente a sus supuestos fácticos. De esta forma ¿Existe alguna manera, por medio de la cual se permitiera el reemplazo normativo? Y de ser así ¿Cuál es?

iii. Aplicación de la falta de conformidad por efecto atenuado como excepción al orden público internacional colombiano

Debe recordarse que el Estatuto se consolida cómo una norma de orden público, tanto a nivel nacional como internacional, aun siendo distintos ambos conceptos. Es de orden público nacional, por cuanto, se entiende una norma devenida del estatuto en sede del ordenamiento colombiano, no puede ser desconocida bajo ninguna circunstancia, pues el legislador otorgo esta categoría para fortalecer la seguridad jurídica de las personas cuyas relaciones están sometidas a este ordenamiento. En cuanto al orden público, debe recordarse que este se conforma por aquellas normas que dada su especial relevancia no pueden desconocerse frente a la eventual aplicación de una norma extranjera extranjera. Así

¹⁷⁸ Ver, artículo 21 de la Ley 1480 de 2011

lo propuso el profesor Antonio Aljure: “[...] *el orden público está conformado por un grupo de disposiciones extraídas de las normas de orden público colombiano que, por su especial relevancia, importancia o trascendencia, no pueden ser desconocidas por leyes extranjeras o normas transnacionales*”¹⁷⁹.

Por su parte la Corte de Casación francesa ha advertido la trascendental importancia de un concepto flexible de orden público, y la necesidad de diferenciar este concepto a nivel interno y en materia de derecho internacional privado:

“[...] El orden público pertenece a la supremacía de los principios de la organización política, social, económico y moral del país. No obstante, las exigencias de esa supremacía exigen que el ámbito y los alcances de la noción de orden público varíen no solo en el espacio y en el tiempo, sino también de acuerdo con el asunto que toca. De esta forma, todo aquello que se considera orden público de derecho interno y, que en tal carácter, limita la libertad individual, no lo será por necesidad en el terreno del derecho internacional privado [...]”¹⁸⁰

Pues bien, el orden público en materia de derecho internacional privado corresponde a aquellos principios esenciales del estado, frente a los cuales, en principio, no se permite la aplicación de leyes extranjeras. No obstante, el concepto comporta en sí mismo una enorme vaguedad, que no permite inferir a ciencia cierta en que eventos la norma considerada de orden público excluye o no acuerdos que la contradigan. La pregunta que cabe hacerse entonces es ¿Cuándo puede contrariarse una norma de orden público en materia de derecho internacional privado?

La jurisprudencia francesa, ha optado por varias posibles soluciones a este interrogante: la primera de ellas, se dio en atención al caso de los Cafés Jaques Vabre y la sociedad holandesa Weigel, en 1975. Donde una norma de orden público francés, emitida con posterioridad a la ratificación del tratado de Roma de 1957, contrariaba una disposición del

¹⁷⁹ ALJURE SALAME, Antonio. *“reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”*. Libro colectivo. Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá. Editorial Legis. 2013. Pag 570

¹⁸⁰ TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo I*. 2005, Librería Ediciones del Profesional. Pag 52

tratado. En este evento la Corte de Casación, reconoció la aplicación prevalente del tratado por considerarse una norma de índole transaccional, y aceptó que en determinadas ocasiones puede aplicarse una norma extranjera con exclusión a una norma de orden público, consolidando lo que se ha denominado en la doctrina como la exclusión como excepción al orden público, la cual consiste en aplicar la ley extranjera solamente cuando esta tiene una autoridad superior a la de la ley interna. En palabras del profesor Henri Batiffol “*El orden interno es fundamentalmente subordinado al orden internacional*”¹⁸¹”

Sin embargo, esta teoría tuvo una fuerte oposición propuesta por la Doctrina Matter, la cual señala que en casos de tratados internacionales contrariados por leyes posteriores catalogadas de orden público, las disposiciones de la ley que contraria el tratado constituyen una reserva legal del estado frente al mismo; Y en esa medida debe prevalecer la aplicación del orden público sobre el tratado, pues es una aplicación lógica del principio jurídico *lex posterior derogat priori*.

Sin embargo, sigue ser claro cuando se puede excluir una disposición de orden público en virtud de otra norma, no al menos e eventos como el objeto del presente estudio, Por ello, la jurisprudencia francesa ha realizado la diferenciación del orden público *in genere* con las denominadas leyes de policía¹⁸². El jurista colombiano Maximiliano Arango Grajales¹⁸³, propone la aplicación de la teoría francesa sobre las leyes de policía, entendiéndolas como una especie de normas de orden público. Por regla general aquellas normas que componen el orden público internacional no deben necesariamente aplicarse en su tenor literal, baste que no transgreda el principio fundamental que engendran para que su eventual modificación se acepte; Sin embargo, existen cierto tipo de normas cuya aplicación debe ser de imperativa aplicación: las leyes de policía.

Arango Grajales entiende como *normas de policía* aquellas que se caracterizan por dos cosas: la primera, declararse a sí mismas aplicables en eventos tanto nacionales como

¹⁸¹ *Ibidem*. Pp 16- 20

¹⁸² Ver al respecto el fallo de la Corte de Casación francesa Croizé contra Veaux. Civ. 4 de diciembre de 1929, citada por TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo 1*. 2005, Librería Ediciones del Profesional. Pp 44-45

¹⁸³ Ver, ARANGO GRAJALES, Maximiliano. *Las normas de aplicación imperativa en derecho internacional privado: la visión del árbitro del comercio internacional*. Bogotá, 2014, Editorial Legis. Revista Internacional de Arbitraje, Volumen 21

internacionales, Y la segunda, perseguir un fin esencial para la sociedad en general a nivel político, económico y social; Trayendo a colación como ejemplo más claro las normas que se profieren en procura de la protección de sujetos que por su condición están en estado de debilidad manifiesta: piénsese en los trabajadores, las minorías contempladas por el artículo 13 de la Constitución y consumidor. En palabras del doctrinante *“El método de leyes de policía no es otra cosa que la imposición concreta del punto de vista de un reglamento interno para una situación internacional”*¹⁸⁴

Desde esta perspectiva, el Estatuto es considerado como una norma de policía, que en principio, debe aplicarse en todo tipo de situación y en su tenor literal. Pero esto no resulta útil y práctico para el comercio internacional, y el desarrollo de la finalidad planteada incluso por la jurisprudencia: *“[...] el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto.”*¹⁸⁵

Por esta razón, es posible acudir a lo que la jurisprudencia francesa estableció como la excepción al orden público por efecto atenuado de la ley, que aparece cuando *“la variabilidad del orden público se traduce en la suavización de este”*¹⁸⁶, la posibilidad de aplicar una ley extranjera o distinta a la de orden público en virtud al desarrollo de unos intereses específicos, cuando la norma no contraviene los intereses del estado. Dar aplicación a esta teoría permitiría aplicar la falta de conformidad en lugar de responsabilidad por producto defectuoso.

Esta teoría surge para reconocer legalmente los efectos devenidos de derechos personalísimos que eventualmente chocan con una norma del orden público francés pero solo en determinados eventos; el caso tradicional es el reconocimiento de la poligamia para todos aquellos que no sean franceses. Es posible observar como la ley extranjera se aplica

¹⁸⁴ Ibídem.

¹⁸⁵ Sentencia del 21 de Febrero de 2012. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01. MP William Namén Vargas.

¹⁸⁶ TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo 2.* 2005, Librería Ediciones del Profesional. Pag 74

en determinados eventos, no en general, para dar paso a otro tipo de prioridades, en el caso de la poligamia el derecho que tienen los miembros provenientes de determinadas culturas para desarrollarse libremente en territorio francés.

Así pues, respecto a la dualidad presentada por el Estatuto y la Convención *“la existencia de tales principios generales se hace cada vez más difícil a medida que el Estado-gendarme cede paso al Estado-proveedor, mientras el régimen del liberalismo jurídico se desvanece frente al régimen de la planificación y los incentivos económicos y es entonces cuando el juez se halla cada vez más frecuentemente asediado por problemas de índole económica”*¹⁸⁷ es de observar que los intereses económicos del estado, el desarrollo de políticas de esta índole, no puede ser óbice para la protección de sujetos que la requieran, pero es plausible valerse de instrumentos internacionales para lograr dicha protección, a fin de armonizar los intereses provenientes tanto las políticas proteccionistas como las económicas. Aplicar únicamente las normas del Estatuto, en los eventos descritos *“podría con certeza considerarse necesaria para proteger los intereses esenciales, pero que, al mismo tiempo podría entrañar riesgos de arbitrariedad y, llegado el caso, implicar dificultades mucho más peligrosas, por su propio carácter, para el orden público que la subsistencia de ciertas situaciones contrarias al orden público, pero toleradas por los interesados”*¹⁸⁸

El efecto atenuado como excepción al orden público, concibe la posibilidad de aplicar normas distintas a aquellas de policía, permitiendo que se reconozcan los efectos de la ley extranjera, que en este caso sería la Convención, aun cuando la misma no es solamente una ley extranjera. La aplicación de la falta de conformidad sobre la responsabilidad de productos defectuosos, propende por el desarrollo del comercio internacional y las finalidades de armonización de las naciones en esta materia; Pero solo se aplicará la Convención sobre el estatuto en aquellos eventos en los cuales el contrato se celebre en la esfera internacional, generando el contrato internacional de consumo de mercaderías, en los términos anteriormente expuestos, pues por regla general las normas de la Convención no riñen con los preceptos de orden público de la Ley 1480. Todo lo contrario, una

¹⁸⁷ TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo I.* 2005, Librería Ediciones del Profesional. Pag 47

¹⁸⁸ *Ibíd.*, Pag 52

interpretación finalista y sistemática permite que se complemente y protejan al consumidor y al mismo tiempo que no interfiera con la seguridad del contratante internacional.

En pocas palabras, la Convención de 1980, más puntualmente la falta de conformidad, aplicará de forma subsidiaria en lo que respecta a la responsabilidad por productos defectuosos, cuando por cuestión de territorialidad, no sea posible dar una aplicación directa al Estatuto del consumidor, a fin de propender por la protección de las acciones del consumidor internacional. Todo ello en virtud al efecto atenuado del orden público, que funge en esta ocasión como una herramienta de armonización entre ambos regímenes.

Sustancialmente, es claro el cuándo y el por qué, puede y debe preferirse la aplicación de la falta de conformidad sobre la responsabilidad por productos defectuosos. Ahora es trascendental establecer el Cómo, para profundizar en la viabilidad de la propuesta.

iv. Aspectos procesales: Jurisdicción y remedios

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta, que dadas las condiciones de la Convención, para dirimirse el conflicto no es necesario que el mismo sea atendido por vías judiciales de ningún tipo. Facilitando la satisfacción del consumidor, pues el daño provocado puede ser entendido como un incumplimiento sustancial, en este evento, es plausible que se resuelva el contrato de conformidad a lo planteado en la Convención, o que se pida cualquier remedio de los previstos y se satisfaga a cabalidad los requerimientos del consumidor.

El consumidor deberá entonces comunicar al vendedor dentro del término legal, dos años tras haber padecido el daño, la falta de conformidad por defecto material, el daño causado, el nexo de causalidad y el remedio que se pretende. De lo contrario la acción no podrá ser procedente, salvo cuando el Consumidor pueda probar la mala fe del vendedor, estando este último en la facultad de solicitar un plazo para subsanar, atender al requerimiento del consumidor o llevar la disputa a instancias judiciales.

Es posible observar, como este deber de comunicación ostenta en sí mismo una doble connotación: un mecanismo autocompositivo de solución de controversia, pues es posible entenderlo como un contrato de transacción, pero al mismo tiempo constituye un requisito de procedibilidad en caso de que la disputa deba ser atendida de manera judicial. Ahora

judicialmente, es factible que las partes acudan a la jurisdicción ordinaria, pues el mismo Estatuto prevé que en estos eventos es competente la jurisdicción ordinaria, o que prefieran inclinarse por una jurisdicción arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO GRAJALES, Maximiliano. *Las normas de aplicación imperativa en derecho internacional privado: la visión del árbitro del comercio internacional*. Bogotá, 2014, Editorial Legis. Revista Internacional de Arbitraje, Volumen 21
- ARANGO GRAJALES, Maximiliano. *La Causa Jurídica de las cláusulas abusivas*. Artículo inédito suministrado por el autor.
- ALJURE SALAME, Antonio. *Ámbito de aplicación de la convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUCIN)*. Bogotá, 2003, editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- ARCE CAICEDO, Eduardo. *Conformidad*. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- BIANCA, Massimo, *Derecho Civil, El Contrato, Tomo 3*, trad. Fernando Hinestroza, y Edgar Cortés. Bogotá, 2007, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CAPITANT, Henri. *De la Cause des Obligations*. Paris 1923. Disponible en : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t>
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: régimen interno –Vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario.
- Concepto del 22 de Noviembre de 2011, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad: 01085864

-Concepto del 17 de Octubre de 2012, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. 12-150854-00001-0000

- Concepto del 05 de Abril de 2013, Superintendencia de industria y Comercio. Rad. 13-040240-00002-0000

- Concepto del 14 de Febrero de 2014, Superintendencia de Industria y Comercio. Rad 14-000375-00001-0000

- Concepto del 08 de Abril de 2015, Superintendencia de industria y Comercio. Rad. 15-038468-00001-0000

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *La no conformidad de la convención de Viena*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario.

-DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La responsabilidad Civil Extracontractual*. España, 2011, Editorial Aranzadi.

-ESPINOSA QUINTERO. Leonardo. *¿Cuál es la eficacia que ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrada en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Diké y Editorial Universidad de la Sabana.

-ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Bogotá, 2012, Editorial Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición

-LARROUMET, Christian. *Convenio de Viena Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del Vendedor, Obligaciones del Comprador, Sanciones del*

Incumplimiento de las Partes, Interpretación del Convenio de Viena. En la obra colectiva *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980.* Bogotá, 2013, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

- MANTILLA ESPINOSA Fabricio y TERNERA BARRIOS Francisco. *La interpretación contra legem del artículo 2356 del código civil colombiano.* Pag 240. En http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/contralegem_mantillaternera.pdf

- RECASENS SICHES, Luis. *La nueva filosofía de la interpretación del derecho.* México-Buenos Aires, 1997, Fondo de Cultura Económica.

- Sentencia del 8 de Marzo de 1995. Corte Suprema de Bundesgerichtshof (Alemania) caso número VIII ZR 159/94. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 5000131030011999-0442. Mayo 3 de 2005. MP César Julio Valencia.

- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01 Diciembre 16 de 2010. MP Arturo Solarte Rodríguez

- Sentencia C-1141 de 2000, Corte Constitucional Colombiana. Mp. Antonio Barrera Carbonell

[-TERNERA BARRIOS, Francisco. *La convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: matrimonio de dos culturas jurídicas.* TERNERA BARRIOS, Francisco y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio \(directores académicos\). *Los contratos en el derecho privado.* Bogotá, 2000, Editorial Universidad del Rosario y Editorial Legis.](#)

- TERNERA BARRIOS, Francisco. *Las resoluciones extrajudiciales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. En GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (directores académicos). *La Terminación Del Contrato. Nuevas Tendencias del derecho Comprado*. Bogotá, 2007, Editorial Universidad del Rosario.

- TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo 1*. 2005, Librería Ediciones del Profesional

- TERRE, François, CAPITANT, Henri, LAQUETTE, Yves. *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. Tomo 2*. 2005, Librería Ediciones del Profesional

-OVIEDO ALBÁN. Jorge. *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional- Antecedentes, estructura y fuentes-* . Bogotá, 2008, Editorial Ibañez.

-OVIEDO ALBÁN. Jorge. *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. Bogotá, 2009, Editorial Ibañez.

-- OBIEDO ALBAN, Jorge. *Los principios UNIDROIT como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana de 21 de febrero de 2012*. Disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion3/principios-de-unidroit-como-reglas-aplicables-al-contrato-internacional.pdf>

-VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *El derecho de las Obligaciones y la Protección jurídica del Consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos Centrales de las Leyes 24.240 y 26.361*. En OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*. Bogotá, 2010, Editorial Díké y Editorial Universidad de la Sabana.

-VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Atribución y Exoneración de Responsabilidad en la Compraventa Internacional. Construcción de Reglas a partir del Artículo 79 de la Convención de Viena*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario.

-VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario

-VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Responsabilidad del deudor por el Incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa Internacional de Mercaderías*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario.

-VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incardinación de la Responsabilidad por Daños y el Concepto de Obligación en la Compraventa Internacional de Mercaderías*. *Ius et Praxis* v.11 n.2 Talca 2005. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200010&lng=pt&...

- VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios*. En PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de Daños*. Bogotá, 2010, Editorial Universidad del Rosario.

- VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. *La noción del Consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano.* Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>