

APLICACIÓN MATERIAL DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

*Jorge Oviedo Albán***
Universidad de La Sabana***

RESUMEN

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2007
Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2007

En el presente trabajo, el autor analiza el factor material que determina el campo de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Para ello, se aborda lo que el concepto “contrato de compraventa” significa en la familia jurídica europeo continental a la que pertenece el derecho colombiano, estableciendo que en ella coexisten dos conceptos con significado propio. Con esta base, se profundiza en los conceptos “compraventa”, “mercaderías”, analizando las principales posturas doctrinales y de la jurisprudencia, sosteniendo que en la Convención se entiende que este contrato significa la transferencia del dominio de

* Este trabajo se enmarca dentro de la línea “Derecho mercantil internacional” del grupo de investigación en Derecho Privado de la Universidad de la Sabana.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. En desarrollo del Doctorado en Derecho en la Universidad de Los Andes de Chile. Investigador internacional de la cátedra GARRIGUES de la Universidad de Navarra (España), director del área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Profesor de Obligaciones y Contratos en la misma facultad. Profesor de posgrado en las universidades Javeriana, De los Andes y Externado de Colombia y de la maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Trabajo desarrollado dentro de la línea de investigación en Derecho Mercantil Internacional del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad de La Sabana, categoría A en COLCIENCIAS, Correo electrónico: jorge.oviedo@unisabana.edu.co.

*** *Campus* universitario del Puente del Común, autopista norte, km 21 al norte de Bogotá DC, tel. (571) 861 66 66 ext. 2005.

bienes corporales muebles a cambio de un precio. Igualmente, se analizan las posturas de algunos sectores de la doctrina y jurisprudencia tendientes a aplicar la Convención a otros contratos internacionales.

Palabras clave: contratos comerciales internacionales, compraventa internacional de mercaderías, derecho mercantil internacional.

MATERIAL APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

ABSTRACT

In the present article, the author analyzes the objective factor determining the sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980). In doing so, the continental European juridical tradition meaning of the “contract of sale,” that Colombian law has accepted, and that establishes that in such tradition there are two coexisting concepts with their own meaning, is studied too. On that basis, the concepts of “sales,” “goods” are studied in depth, analyzing thereby different legal scholars and jurisprudence positions, and arguing that in the Convention it is understood that this contract entails movable and tangible goods transfer of property in exchange for a price. As well, the positions of some legal scholars and jurisprudence variants which tend to apply the Convention to other international contracts are studied.

Key words: *International business contracts, International sales of goods, International commercial law.*

INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, determina su campo de aplicación, a partir de los factores geográfico (directo e indirecto)¹; material; temporal² y uno que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, que es su aplicación como *lex mercatoria*³.

Estos factores no dejan de generar inquietudes entre los intérpretes y jueces. Cuenta de ello lo da la numerosa bibliografía existente sobre el particular, y la abundante jurisprudencia. Por ello, y tratando de reducir la dispersión a la que puede enfrentarse el interesado en conocer y profundizar el tema, es preciso determinar a qué tipo de contratos se aplica la Convención, factor denominado “aplicación material”. La metodología empleada para tal fin ha consistido en un análisis de las principales posturas doctrinales y jurisprudenciales, de manera que se puedan condensar los argumentos sostenidos por las principales tendencias.

1. ANTECEDENTES

La “compraventa” es un concepto sobre el que no hay unidad en las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos. Incluso, en la tradición europea continental, hoy en día coexisten un concepto de compraventa *obligacional*, en los casos en los que el vendedor se obliga a transferir el dominio a cambio de un precio, y el contrato de compraventa con efectos *reales*, que se produce en los casos donde el contrato de compraventa, una vez perfeccionado, transfiere el dominio⁴. Por esta razón es conveniente comenzar por hacer una pequeña referencia a la evolución de este

1 El factor geográfico, establecido en el artículo 1º de la Convención permite la aplicación de la misma a contratos celebrados entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes parte de la Convención, conocido como factor geográfico directo, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

2 Cfr. artículo 100.

3 OVIEDO ALBÁN, JORGE, “Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como *Lex mercatoria*”, en: *Vniversitas*, n° 109, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2005, págs. 319 a 337.

4 Sobre los antecedentes de los dos conceptos en las codificaciones decimonónicas europeas y el concepto de contrato de compraventa en el Código de Bello, véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la compraventa y de la promesa de venta*, t. 1, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, págs. 14 a 30. Se trata de una reimpresión de la clásica obra del maestro chileno. Sobre los modelos de transmisión del dominio en virtud del contrato de compraventa véase GALGANO, FRANCESCO, “La transmisión de la propiedad mobiliaria por acto *inter vivos*”, en: GALGANO, FRANCESCO (COORD.), *Atlas de derecho privado comparado*, (trad.) JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS y RAFAEL VERDERA SERVER, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pág. 187 y sigs.

concepto, para centrarse después en el significado del mismo dentro del contexto de la Convención.

Es preciso recordar, que en el derecho romano, la venta era un contrato donde el vendedor se obligaba a permitir la posesión de un bien al comprador, asegurar su tenencia pacífica, a cambio de un precio⁵. En virtud del perfeccionamiento del contrato, el comprador no adquiriría el dominio; el vendedor se liberaba entregando materialmente la cosa y procurando su posesión pacífica, por lo que se ha entendido que no estaba obligado a transferir el dominio del bien al comprador.

De esta manera, en su origen, del contrato de compraventa se generaba una obligación de *entregar*, que por sí sola no significaba la transferencia del dominio. En términos modernos, la compraventa constituía el título para la adquisición del derecho de propiedad, el cual se adquiriría si se complementaba con el modo.

“El vendedor resultaba entonces, por la vía del contrato, con un derecho, título o acreencia que le permitía adquirir posteriormente la propiedad a través de los actos materiales referidos. En síntesis, para que un comprador, en aquella época llegara a ser dueño necesitaba que se ejecutaran dos actos: el primero consistía en el contrato de compraventa y el segundo en el acto material de la transferencia de la propiedad y, en términos generales, la entrega de la cosa vendida. Sólo después de este último acto se convertía en propietario de lo adquirido y antes de ello sólo era el acreedor de una obligación con prestación de dar. De lo dicho se desprende también que el vendedor no estaba obligado a hacer propietario al comprador, sino única y exclusivamente a poner la cosa vendida a su disposición, permitiéndole una posesión útil y durable”⁶.

La transferencia de la propiedad se efectuaba con la concreción del modo en actos materiales, que eran la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio*⁷. La compraventa en consecuencia no constituía un *modus acquirendi* sino un *titulus acquirendum*.

5 PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*. 9ª edición, Abogados Asociados Editores, Medellín, 1997, pág. 388. IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano, historia e instituciones*, 11 edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pág. 369. CECCHINI ROSELL, XAVIER, *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 17.

6 ARIAS SCHEIBER, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. 2., *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, pág. 15.

7 “La *Mancipatio* era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos. En una balanza, la *libri pens*, que debían llevar los contratantes, se pesaba, de un lado, un objeto representativo del bien materia del contrato y, del otro, se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago. Adicionalmente, debían pronunciarse fórmulas rituales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in iure cessio*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba en presencia del pretor. Este modo de adquisición implicaba una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanaba a ello.

Al decir de algunos autores, la obligación de transferir la propiedad en virtud del contrato de venta no surge en el derecho romano, sino en el derecho germano y en el derecho visigodo. En éste, se obligaba al vendedor a transferir la propiedad. En relación con el derecho germano, se indica igualmente que el vendedor no se liberaba de sus obligaciones haciendo una simple entrega, sino que debía transmitir efectivamente la propiedad⁸.

Puede afirmarse que no existe unanimidad a nivel de derecho romano germánico sobre el sentido y alcance de la obligación del vendedor. Así, en algunas legislaciones, donde se adopta la dualidad título-modo para la adquisición de derechos reales, por el contrato de compraventa, el comprador no adquiere la propiedad, siendo tan sólo acreedor y su correlativo es el deber del vendedor de transferirla mediante el modo de la tradición. En otros, como en el código francés, la transferencia del dominio es un efecto inmediato del contrato de venta; se transfiere directamente la propiedad al comprador, sin importar si el vendedor ha entregado la tenencia real y efectiva del bien⁹.

La legislación colombiana pertenece a la tradición del derecho civil, y dentro de ella, sigue la dualidad título-modo para la adquisición del derecho de dominio en virtud del contrato de compraventa.

En el siglo XVIII en Francia, se empezó a pensar que la compraventa en sí misma transfería el dominio por parte del vendedor al comprador, y no solamente le confería un título.

El artículo 1582 del *Code* francés, dispone:

“La venta es una Convención por la cual una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a pagar”.

Así, en el derecho francés al celebrarse el contrato se produce de manera inmediata la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador. El vendedor

Finalmente la *traditio*, que suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que lo entrega) y el *accipiens* (el que lo recibe), era empleada para alinear la *res nec mancipi*”, ARIAS SCHEIBER, *op. cit.*, pág. 4.

8 CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, pág. 29.

9 “...en el derecho francés, por principio, no existe la obligación de transferir la propiedad de un cuerpo cierto, excepto en los casos en que la ley o la voluntad de las partes admitan una solución contraria. Solo hay una obligación de entregar, que es independiente de la transferencia de la propiedad, la cual tiene lugar desde el momento de la celebración del contrato y antes de cualquier entrega de la cosa”. LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. 1, (trad.) JORGE GUERRERO, Temis, Bogotá, 1999, pág. 168.

solamente deberá entregar al comprador la posesión material de la cosa que pertenece ya a éste,

“...sin que dicho acto implique *traditio* romana, sino mero traspaso posesorio (*déliverance*). Se atribuye dicho giro respecto del sistema trasmisivo romano, inicialmente, a las influencias de la doctrina de LEIBNIZ y DOMAT con base en un orden racional–natural, entre los que se atribuía gran importancia a la voluntad contractual, que tuvieron gran influencia en el proceso codificador”¹⁰.

El derecho francés desarrolla un sistema de transmisión y adquisición de derechos reales distinto del dual título–modo, y que se basa en el “solo *consensus*” como suficiente para adquirir la propiedad de un bien, en este caso, objeto de un contrato de compraventa. Una vez transmitido el derecho de dominio como efecto inmediato del contrato, la obligación del vendedor consistirá en permitir la posesión real y efectiva del bien, ahora de propiedad del comprador.

El Código italiano de 1942, al igual que su antecesor de 1865, recibió la influencia directa del código francés. Dispone dicho código en el artículo 1470:

“La venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de cualquier otro derecho a cambio de un precio”.

El artículo 1476 por su parte establece que entre las obligaciones del vendedor figura la de permitir la adquisición de la cosa o el derecho, si la misma no es efecto inmediato del contrato.

De acuerdo con esta norma, el vendedor adquiere la obligación de hacer adquirir la propiedad de la cosa al comprador, en los casos en que la misma no haya sido efecto inmediato del contrato¹¹.

Los casos en el contexto del código, en los cuales la transferencia de la propiedad no es efecto inmediato del contrato, son: la venta de cosa genérica (artículo 1378) donde la propiedad se transmitirá con la individualización de la cosa; la venta de cosa futura y la venta de cosa ajena (artículo 1478)¹².

10 CECCHINI, *op. cit.*, pág. 43.

11 CECCHINI, *op. cit.*, pág. 59.

12 *Código civil*, CECCHINI, *op. cit.*, pág. 59, BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema de derecho privado*, t. IV, Contratos, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967, pág. 6 y sigs.

Por lo anterior, en el sistema italiano se conocen dos tipos de venta: la denominada “*Vendita obligatoria*”, que es aquella que produce la obligación de transferir la propiedad, sin que el solo consentimiento que origina el contrato sea suficiente para ello, y se produce en el evento en que se presenten algunos supuestos fácticos que lo impidan, como es el caso de los señalados: venta de cosa ajena, venta de cosa genérica y venta de cosa futura o cláusula de reserva de dominio. En segundo lugar está la “*vendita reale*”, aplicación del “contrato con efectos reales” según el cual el contrato y la transferencia de dominio se producen como consecuencia del cruce de voluntades sin requerir tradición¹³. Basta agregar, tal y como indica la doctrina italiana, que para que dicho efecto real se produzca como efecto inmediato del contrato, se requiere que el objeto sobre el cual versa el acuerdo de voluntades sea cierto, actual, y de propiedad del vendedor,

“... o del cual, por lo menos, el vendedor (como en el caso del mandato) esté obligado para disponer”¹⁴.

En el derecho alemán, por el contrario, ha sido adoptado el concepto de venta obligatoria.

En el § 433 del Código Civil alemán (BGB) de 1900 se disponía:

“1. Mediante el contrato de compra y venta el vendedor de una cosa está obligado a entregar la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad de la misma. El vendedor de un derecho está obligado a transmitir el derecho al comprador, y si el derecho faculta a la posesión de la cosa, a entregarle la cosa.

2. El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio acordado y a recibir la cosa comprada”.

De esta manera, como puede apreciarse, el régimen del BGB seguía un sistema diferente del francés, toda vez que, partiendo de la diferencia entre título y modo, reconocía que el mero contrato no era fuente suficiente para la transferencia del dominio, para lo que se necesitaba la conjugación con el modo, que es la tradición¹⁵.

13 BARBERO, *op. cit.*, pág. 7.

14 BARBERO, *op. cit.*, pág. 8. Se puede ver en este mismo autor la forma como se transfiere la propiedad cuando la venta es obligatoria, págs. 8 a 12 y la forma como se hace la entrega, cuando la venta es real, págs. 18 a 20.

15 La tradición de los bienes muebles e inmuebles, está regulada así:

“§ 925: 1. El acuerdo entre el enajenante y el adquirente (transmisión), exigido para la transmisión de la propiedad de un terreno según el § 873, debe ser declarado por ambas partes con asistencia simultánea ante una autoridad competente, cualquier notario es competente para la recepción de la declaración de

En la reforma al BGB que entró a regir el 1° de enero de 2002, el § 433 ha quedado así:

“Deberes típicos del contrato de compraventa.

1. Por el contrato de compraventa se obliga el vendedor de una cosa a entre entregar al comprador esa cosa y a proporcionarle su propiedad. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos.
2. El comprador queda obligado a pagar el precio estipulado al vendedor y a recibir la cosa comprada”.

La norma mantiene la concepción tradicional germana consistente en que es deber del vendedor transmitir la propiedad, la cual se verificará mediante el modo, que es la tradición.

El artículo introduce algunas modificaciones relativas a la entrega libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos, cuestión que es desarrollada en los artículos siguientes.

En América Latina puede observarse igualmente la adopción generalizada del concepto de “venta obligatoria”. En efecto, entre los más representativos, como son los códigos civiles de Chile¹⁶, México, Argentina y Perú, acogen igualmente la teoría del título y el modo para la adquisición del derecho de dominio en la compraventa. Así por ejemplo el artículo 2248 del Código Civil mexicano dispone que habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. Igualmente el artículo 1529 del Código Civil de Perú que dispone:

“Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”;

la transmisión, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades. La transmisión también puede declararse en un compromiso judicial.

2. Una transmisión que se realice sujeta a una condición o a una estipulación de tiempo es ineficaz. § 929. Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario de la cosa se la entregue al adquirente y que ambos acuerden la transmisión de la propiedad. Si el adquirente está en posesión de la cosa, el acuerdo de transmisión de la propiedad es suficiente”.

16 Las normas del Código Civil chileno son: artículo 1793 sobre concepto de contrato de compraventa; artículo 670 sobre concepto de tradición y artículos 684 y 685 sobre formas de tradición de bienes muebles e inmuebles.

y el artículo 1323 del Código Civil argentino:

“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”.

Para el caso del derecho argentino, debe tenerse en cuenta el artículo 577 del Código Civil según el cual,

“antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.

En el derecho colombiano, a la fecha se cuenta con un doble régimen de derecho interno, contenido en el Código Civil y en el de Comercio, y uno aplicable a las operaciones internacionales de compraventa, contenido en la Ley 518 de 1999 aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional.

El Código Civil consagra la siguiente definición de contrato de compraventa en el artículo 1849:

“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

Por su parte el artículo 905 del Código de Comercio dispone:

“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

El contrato de venta, tal como está definido en los dos artículos citados, sugiere el pagar en dinero a cambio de una cosa por un precio¹⁷, en el que intervienen dos partes: por un lado el vendedor, que es quien se obliga a “dar” una cosa, y por el otro el comprador, que es quien se obliga a pagar en dinero por dicha cosa.

El concepto “cosa” no está definido legalmente, por consiguiente debe asumirse que comprende toda especie o género de bienes:

17 MEZA BARROS, RAMON, *Manual de derecho civil, de las fuentes de las obligaciones*, t. 1, colección Manuales Jurídicos, Jurídica de Chile, 8ª edición, 2000, pág. 70.

“...todo aquello que es susceptible de ser vendido: un derecho real, un derecho de crédito, o un derecho intelectual”¹⁸.

El artículo 1866 de la codificación civil sugiere esta idea al señalar:

“Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley”.

En principio y tal como se ha indicado, el contrato de compraventa sugiere el cambio de una cosa por dinero. Sin embargo, es necesario precisar a qué título se hará dicho cambio¹⁹.

La redacción del artículo 1849 del Código Civil colombiano, ha originado una división doctrinal, dado que para algunos, por el hecho de que el código no optó por la concepción francesa, significa que acogió la romana, y en consecuencia la palabra “dar” utilizada por dicha norma significa simplemente que el vendedor se libera de sus obligaciones entregando materialmente la cosa al comprador y procurando su posesión.

El profesor JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, es partidario de esta postura. Sobre tal punto indica:

“1. Don ANDRÉS BELLO al plasmar su proyecto de Código Civil chileno se separó, tratándose de la compraventa del derecho francés o más concretamente del código napoleónico, acogiendo la figura contractual de la segunda época del derecho romano, en donde bastaba que el comprador recibiera la cosa de suerte que entraba a disfrutar de la cosa sin pensar en los efectos de la transmisión de la propiedad. Se convertía en el elemento principal dentro de las obligaciones del vendedor.

2. El Código Civil colombiano, al igual que el chileno, regula la compraventa como fuente de obligaciones. Vendedor y comprador se vinculan bajo los efectos de un título que, como tal, genera obligaciones. No ocurre lo mismo en Francia, por cuanto allá se considera la compraventa como título y modo, esto es, que con la celebración del contrato, fuera de las obligaciones que impone, se debe hacer la transferencia del dominio. Como consecuencia de esta noción, en Francia el contrato de compraventa transfiere el dominio sobre la cosa vendida, sin requerir de un modo, como se exige en Colombia donde la compraventa es el título y la calidad de dueño se adquiere por cualquiera de los modos establecidos en el artículo 673 del Código Civil. El contrato, en sí, no transmite la

18 BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 15ª ediciones, Librería del profesional, 2002, pág. 58.

19 CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, pág. 15 y sigs.

propiedad; para que ello opere se requiere que el vendedor sea el dueño de la cosa, esto es, que pueda hacer válidamente la tradición de acuerdo con los elementos exigidos por el artículo 740: “de facultad e intención de transferir el dominio de la cosa”. Esto indica que es el modo el que hace propietario de la cosa vendida al comprador y en manera alguna el contrato de compraventa, que acarrea como dijimos, tan sólo obligaciones, que frente al punto que nos ocupa se concreta con la entrega de la cosa. El dominio se alcanza por medio de la tradición o por la prescripción.

3. De acuerdo con el artículo 1880, las obligaciones del vendedor se reducen a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. Cuando esta norma se refiere a la tradición no se entiende en el sentido lato de la tradición, o sea de la transferencia del dominio, sino de la entrega, bajo las formas establecidas en los artículos 754 y 756 del Código Civil; de ahí que cumple el vendedor con su obligación en una primera situación, haciendo la entrega de la cosa, y posteriormente saliendo al saneamiento de ley. Evento, que cuando se refiere a inmuebles, se cumple no sólo bajo las condiciones del artículo 756, sino que exige la entrega física para que el comprador entre en posesión de la cosa”²⁰.

Se ha concluido que BELLO acogió la solución del derecho romano, y el comprador se libera de su obligación procurando simplemente la posesión.

Para otro sector de la doctrina, representado por ÁLVARO PÉREZ VIVES, la palabra “dar” empleada por el Código Civil, denota obligación de transferir la propiedad, y no simplemente la posesión. Son palabras del profesor PÉREZ VIVES:

“...es esencial a la compraventa la intención de transferir la propiedad por parte del vendedor, y la de adquirirla, por parte del comprador; e igual cosa sucedía en el derecho romano, pero los juristas de la Gran Roma no consideraban necesaria la efectividad de esa intención: bastaba que el comprador recibiera o se hiciera a la cosa en forma que de ella pudiera disfrutar, sin transmisión expresa de propiedad. En cambio, nosotros consideramos —respetando otras opiniones más autorizadas que sostienen lo contrario— que en Colombia es necesaria la efectividad de la intención de transferir el dominio, no para la existencia del contrato, sino —y es muy diferente— para el cabal cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Para que el contrato exista, basta que haya la intención de transferir y de adquirir el dominio, en lo que a ella se refiere y es necesaria su concurrencia para la formación del contrato. Pero para que el vendedor cumpla su obligación principal, es indispensable que *dé* la cosa vendida. El contrajo una obligación de *dar* y debe cumplirla. Para hacerlo, tiene que hacer tradición de la cosa; si es mueble, en la forma prevista por los arts. 754 y 755 del CC; y si es inmueble, por medio de la inscripción del título en la oficina de registro respectiva (arts. 756 y concordantes). Pero además, debe procurar al comprador la posesión pacífica de la cosa y útil del objeto

20 BONIVENTO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 3 y 4.

vendido. Esto es, debe hacer lo que propiamente se llama entrega de la cosa (art. 1880), entrega que se rige por las disposiciones del capítulo 6º, del t. 23, l. IV, mientras que la tradición se sujeta a lo preceptuado en el t. 6º del libro II del CC”²¹.

Siguiendo esta línea de pensamiento podemos asumir que el Código Civil colombiano, adoptó una tesis intermedia entre el sistema francés y el romano: la compraventa no transmite la propiedad por que es un *título*, y los títulos deben estar complementados con los *modos* para que pueda transmitir un derecho real.

La tesis intermedia colombiana consiste en la combinación entre título y modo, entendiendo entonces que la compraventa no transfiere el dominio, pero obliga al vendedor a transferirlo. Si se hace entrega de la cosa objeto del contrato sin transferir el dominio, el vendedor no habrá cumplido con su obligación, facultando en consecuencia al comprador para demandar la resolución del contrato o su ejecución junto con las indemnizaciones de perjuicios que correspondan.

Las razones para acoger esta postura se pueden concretar de la siguiente manera²²:

a. Significado de la obligación de dar en el derecho colombiano

Tal y como lo dispone el artículo 1605 del Código Civil,

“La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”.

La doctrina acepta que la obligación de dar conlleva la de transferir el dominio, que —se insiste— se cumple cuando se realiza la tradición, que es el modo por el cual se transfiere el derecho de dominio cuando hay un título que lo justifica, como es el caso de la compraventa.

21 PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1957, págs. 16 y 17.

22 Valga anotar que esta es la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil de septiembre 15 de 1955, MP: DR. ALBERTO ZULETA ÁNGEL. En igual sentido las sentencias de noviembre 29 de 1967; 10 de junio de 1968; 2 de septiembre de 1970; y 15 de diciembre de 1973.

Si la obligación de dar contiene la de entregar, significa que no son lo mismo. La obligación de dar abarca a la segunda, siendo entonces que siempre que el código señale que se está obligado a “dar” significa que se está obligado a transferir el dominio de una cosa.

b. El alcance del artículo 1880 del Código Civil

El artículo en mención señala muy claramente que las obligaciones del vendedor se reducen a dos: la entrega o tradición²³ y el saneamiento de la cosa vendida.

Cuando tal disposición se refiere a “la entrega o tradición”, en ningún momento las está asimilando, toda vez que el mismo artículo indica que la tradición se sujetará a las reglas establecidas en el título VI, del libro II, es decir: a las reglas de la tradición, concebida ésta como modo de adquirir el dominio, en consecuencia la entrega que hará el vendedor será a título de tradición y no sólo como medio para procurar la posesión.

Por otro lado, el artículo 745 del Código Civil señala que para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio como el de venta, el cual además es considerado como tal por el artículo 765 de dicha codificación.

Si el legislador no hubiera considerado que del contrato de compraventa surge la obligación de hacer tradición, no hubiera señalado que para que valga la tradición se requiere un título traslativo como el de venta, pues éste no tendría la fuerza suficiente para impulsar al modo de la tradición, toda vez que sería simplemente procurador de posesión.

c. El alcance de la obligación de saneamiento

El artículo 1893 del Código Civil que regula la obligación de saneamiento indica que ésta comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

23 El artículo 740 del Código Civil dispone que: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

Si el contrato de compraventa simplemente obligara al vendedor a procurar la posesión del bien en cabeza del comprador, la acción de saneamiento estaría destinada a mantenerlo solamente en posesión, pero no serviría para proteger el dominio.

Todas las razones anteriores permiten concluir de manera clara que en el derecho civil colombiano el vendedor está obligado a transferir el dominio al comprador y no solamente a procurarle la posesión de la cosa como en el derecho romano.

Además, de ello se colige que el Código Civil colombiano en este punto, se matricula dentro de la tendencia de algunas codificaciones pertenecientes a la familia romano germánica, donde el dominio no se adquiere como efecto inmediato del contrato de compraventa, sino que se requiere de otro acto que es la tradición. La compraventa entonces, no genera derechos reales en cabeza del comprador, sino solamente obligaciones para las dos partes. El derecho de dominio no se adquirirá en este sistema, sino hasta tanto se verifique el modo de la tradición²⁴. Además, hasta tanto esto no suceda, el vendedor seguirá siendo propietario de la cosa objeto del contrato.

2. EL CONCEPTO “COMRAVENTA” EN LA CONVENCION

El concepto “contrato de compraventa” es el que determinará el campo de aplicación material de la Convención, puesto que permitirá concluir que operaciones contractuales quedarán reguladas por ella.

Ahora, no obstante que el título de la Convención, seguramente genera la idea inmediata de que se trata de un régimen aplicable a las operaciones de compraventa, la misma no contiene una norma donde tal operación se encuentre definida. Igualmente, debe advertirse, que no se encuentra definida la expresión “mercaderías”, por lo que ha de indagarse por el significado de estos dos conceptos en el contexto de la Convención.

La ausencia de definición puede derivarse de la disparidad conceptual que sobre este contrato existe en el derecho comparado, lo cual fue tenido en cuenta en los trabajos preparatorios de la Convención.

24 El Código Civil regula en los artículos 754 y 755 la tradición de las cosas corporales muebles y en el artículo 756 la tradición de inmuebles. En materia mercantil pueden verse los artículos 922 y 923. El primero regula de manera diferente la tradición de inmuebles a como lo hace el Código Civil, requiriendo que además del registro se realice la entrega material de la cosa.

No obstante, la doctrina generalizada ha concluido que en la Convención sí se puede hallar una definición de contrato de compraventa. Así, si se lee detalladamente, los artículos 30 y 53 permiten establecer que a efectos de la Convención, compraventa es el contrato mediante el cual, el vendedor se obliga a transferir el dominio de un bien, entregarlo materialmente y entregar cualesquiera documentos relacionados, a cambio de un precio, al que se obliga el comprador²⁵.

Como se puede apreciar, el concepto coincide con el que por regla general, contienen los códigos de estirpe europeo continental y latinoamericanos, excepción hecha del francés e italiano, conforme se ha afirmado.

Establece el artículo 30 de la siguiente forma:

“El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”.

Por su lado el 53, según el cual:

“El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”.

Sin duda entonces, se trata de un concepto “obligacional” de compraventa, en la medida en que obliga al vendedor a transmitir el dominio al comprador, al cambio del precio al que se compromete éste. Ésta, ha sido la concepción asumida por la jurisprudencia²⁶.

Por otra parte, en la Convención está expresamente excluido de su campo de aplicación el efecto que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Así lo expresa literalmente el artículo 4:

25 Entre otros: FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, (trad.) de ALBERT LAMARCA I. MARQUÉS, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 119 a 121. VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 55.

26 Retchbank Róterdam, Países Bajos, 1º de noviembre de 2001; Nederlands International Privaatrech, 2002, n° 114, www.unilex.info; Tribunal de Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002 en el caso *Al Palazzo S.r.l. v. Bernardaud di Limoges S.A.*. Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Naciones Unidas, Asamblea General, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/SER.C/DIGEST/1, pág. 2.

“... salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierte, en particular a:

(...)

b. A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

La forma de articular las disposiciones citadas, de acuerdo con algunos autores, es la siguiente: la Convención señala como obligaciones del comprador el transferir la propiedad de las mercaderías vendidas y entregarlas materialmente, pero no regula los efectos que sobre la propiedad de las mismas pueda producir el contrato. Así entonces, si el vendedor no cumple con dichas obligaciones, el comprador tendrá todos los derechos y acciones contra el vendedor por incumplimiento del contrato, consagrados en los artículos 46 a 52, y 74 a 77, según lo dispone el artículo 45²⁷.

Ahora, siguiendo tales disposiciones, la Convención señala la forma como se hará la entrega material, en los artículos 31 a 34. Se debe hacer la salvedad de que estas normas resultarán aplicables en caso de que las partes no hayan acordado nada diferente, o no hayan dispuesto acogerse a cualquiera de los términos INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional, como suele pactarse normalmente en contratos de este tipo. Estas reglas, las convenidas o supletivas, sólo regirán la forma de hacer la entrega material, entendida ésta como:

“... todos los actos a cumplir por el vendedor para permitir al comprador entrar en posesión de las mercaderías...”²⁸,

mas por lo tocante a la transmisión efectiva de la propiedad, es decir, al *modo*, deberá acudirse a las reglas del derecho internacional privado que llevarán a que sea una ley nacional la que rija tal aspecto²⁹.

27 De acuerdo con GARRO - ZUPPI:

“El art. 4º, inc. b excluye del campo de aplicación de la Convención aquellos temas relacionados con la titularidad de las mercaderías, así como cuáles son las acciones reales que le corresponden al vendedor y al comprador, etc. Pero si el vendedor no cumple la obligación de transmitir la propiedad, el comprador tiene derecho a los remedios de cumplimiento o resolución y de daños y perjuicios que le otorga la Convención”. GARRO, ALEJANDRO; ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, pág. 172. VÁZQUEZ LEPINETTE, *op. cit.*, págs. 181 y 182.

28 AUDIT, BERNARD, *La compraventa internacional de mercaderías*, Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980, (trad.) de RICARDO DE ZAVALÍA, ZAVALÍA (ed.) Buenos Aires, 1994, pág. 94.

29 Valga también señalar las siguientes opiniones sobre la exclusión mencionada: “...cabe aclarar que si el vendedor no cumple con la obligación de transmitir la propiedad, el comprador podrá ejercitar los *remedies* previstos en la Convención. Lo que el art. 4, b) excluye del campo de aplicación de la Convención es todo lo relacionado con la titularidad de las mercaderías, como, por ejemplo cuáles son

Ahora, y no obstante que la Convención claramente señala que la misma no resultará aplicable a los efectos que el contrato producirá sobre las mercaderías vendidas, lo cierto es que insiste en la obligación del comprador de transferir el dominio, puesto que incluso en los artículos 41 y 42, y ello como una consecuencia del hecho de que constituye obligación del vendedor el transferir el dominio, se señala que éste deberá entregar mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero incluidos derechos de propiedad intelectual, lo que incluso en caso de no cumplirse, dará derecho al comprador para accionar frente al vendedor por falta de conformidad, de acuerdo a lo establecido en los artículos 45 a 52, llegando incluso a la resolución del contrato en caso de que el incumplimiento pueda ser calificado como esencial³⁰.

3. EL CONCEPTO “MERCADERÍAS”

El concepto “mercaderías”, está asociado, al decir de la mayoría de la doctrina³¹ y la jurisprudencia³², con bienes muebles corporales. Las razones aludidas para arribar

las acciones reales que le corresponden al vendedor y comprador”. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, págs. 181 y 182, “La cuestión de si el vendedor transmitió o no la propiedad, o si las mercancías estaban gravadas o no con derechos de tercero, debe resolverse siguiendo el inciso b del artículo 4, de acuerdo con el derecho interno aplicable”. ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, pág. 57. Lo que se insiste en la doctrina es considerar que la razón de ser de la exclusión consistió en no interferir con las reglas sobre transmisión del dominio de los diferentes estados, las cuales suelen estar vinculadas al concepto de “orden público”. GARRO; ZUPPI, *op. cit.*, pág. 82. Igualmente CAMPUZANO DIAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2000, pág. 71.

30 Cfr. artículo 49. Sobre la definición de “incumplimiento esencial” véase el artículo 25, y en general sobre el incumplimiento del contrato internacional y las acciones de ello derivadas, mi artículo “El incumplimiento del contrato internacional”, en: *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n° 14, Legis, Bogotá D.C., 2006, págs. 51 a 87.

31 VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 64. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “artículo 1” en: Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La compraventa internacional de mercaderías. comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 48.

32 Véase la sentencia OLG Köln, 26 de agosto de 1994, donde al discutirse sobre si un estudio de mercado que había sido contratado, era objeto de un contrato de venta internacional, expresamente se consideró que sólo las cosas muebles pueden ser consideradas como objeto de una venta comercial. Corte de apelaciones (*Oberlandesgericht*) Köln 26 de agosto de 1994, traducción al inglés de RUTH M. JANAL, editada por CAMILA BAASCH ANDERSEN, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>. Igualmente, los siguientes casos, citados en el compendio de la CNUDMI relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/SER/DIGEST/1, pág. 4: caso CLOUT n° 328, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 21 de octubre de 1999; el caso CLOUT n° 380, Tribunale di Pavia, Italia, 29 de diciembre de 1999; el caso CLOUT n° 168, Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996; el caso CLOUT n° 122, Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26 de agosto de 1994; el caso CLOUT n° 106, Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994; Tribunal Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, *Giurisprudenza Italiana*, 2003, pág. 896 y ss.

a tal conclusión suelen ser primero, el tener en cuenta el antecedente ineditato de la Convención de Viena, como lo fue la Convención de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional, en la cual se hacía referencia a “bienes muebles corporales”, y que si,

“...dicho término se suprimió fue para facilitar a los destinatarios de la norma su comprensión y, segundo, porque el régimen jurídico previsto en la Convención está totalmente inadaptado a la venta de bienes incorporales”³³.

Aunque igualmente hay que considerar la opinión de quienes optan por entender que al no encontrarse definido este concepto³⁴, hay que acudir a las reglas nacionales según el derecho internacional privado, siguiendo los parámetros del artículo 7 (2), este concepto puede correr el riesgo de no considerar la internacionalidad de la Convención ni la promoción de la autonomía en su interpretación, principios que son reconocidos en el numeral primero de la misma, y que como tal, sugieren al intérprete, apartarse de definiciones “nacionales”³⁵.

Lo anteriormente señalado, ha llevado a afirmar que la Convención no se aplicaría a las compraventas de inmuebles ni de bienes inmateriales³⁶, además de las operaciones de compraventa sobre bienes expresamente excluidos de su campo de aplicación, como son las compraventas para el consumo doméstico³⁷, en subastas, judiciales, de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, de buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves y electricidad, todo lo cual aparece enumerado en el artículo 2³⁸.

33 VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 65.

34 Como en su momento los profesores GARRO y ZUPPI, *op. cit.*, pág. 78.

35 Véase sobre este tema mi libro *Regulación del contrato de compraventa internacional* Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2007.

36 CALVO CARAVACA, “Artículo 1. ...cit., pág. 48. La tesis ha sido adoptada jurisprudencialmente, como en caso antes reseñado: OLG Köln de 26 de agosto de 1994. No obstante, téngase en cuenta el fallo OLG Klobenz, Alemania, de 17 de septiembre de 1993, donde se dijo que en la compraventa de bienes materiales e inmateriales, se aplica la Convención. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>.

37 Sobre las ventas de consumo debe tenerse en cuenta que éstas suelen ser operaciones excluidas del campo de aplicación de las normatividades mercantiles, caso del Código de Comercio colombiano, artículo 23. Esto puede llevar a considerar que a pesar de no tener en cuenta la calidad civil o comercial de las partes ni del contrato, conforme lo establece el artículo 2, la Convención si termina aplicándose a operaciones que en algunos sistemas serían consideradas típicamente “mercantiles”. Véase igualmente sobre este punto a GARRO-ZUPPI, *op. cit.*, pág. 80.

38 Incluso cabe considerar la posición de quienes asumen que a pesar del intento expresamente señalado en la Convención de no hacer una distinción entre “compraventas civiles” y “compraventas comerciales”, la utilización de este término sugiere que se trata de compraventas que tienen esta última calidad. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 98.

Debe tenerse en cuenta, que la jurisprudencia ha entendido que dentro del concepto de “bienes corporales muebles”, caben los casos de bienes que no están en estado sólido, teniéndose en cuenta como referencia el fallo del Tribunal Supremo de Austria, de 2 de febrero de 1995, en el cual se aplicó la Convención a un contrato de venta de gas propano³⁹ y bienes inanimados o animales vivos, tal como en un caso fallado por un tribunal de los Países Bajos de 30 de diciembre de 1993, donde se aplicó la Convención a una venta de corderos con destino a un matadero⁴⁰.

Una cuestión debatida, es la que tiene que ver con la aplicación de la Convención a las compraventas de aplicaciones informáticas, tales como *hardware* y *software*⁴¹.

Sobre los primeros, al entenderse que el *hardware* tiene que ver con elementos corporales⁴², se ha concebido por parte de la jurisprudencia, que los contratos con este tipo de objeto, se rigen por la Convención. Así sucedió con el fallo Landgericht Heidelberg de 3 de julio de 1992 O 42/92 KfH I, en un contrato de venta de partes de un computador⁴³ y el fallo OLG Koblenz de 17 de septiembre de 1993, relativo a venta de *chips* de computador⁴⁴.

Según algunos, las aplicaciones informáticas o *software*, pueden ser objeto de un contrato de compraventa internacional, siempre y cuando pueda ser considerado como un “*software* estándar”, es decir, que se comercialice en serie⁴⁵. Lo contrario, cuando el *software* no haya sido concebido para ser comercializado en serie, puesto que cabría más como objeto de un contrato de prestación de servicios. La tesis, asume que la creación intelectual se encuentra incorporada en un bien *mueble*, de la misma forma que sucede con la venta de discos o libros⁴⁶. Esta tesis ha sido

39 CLOUT 176, Austria, Tribunal Supremo 2 de febrero de 1995.

40 CLOUT n° 100, Rechtbank Arnhem, Países Bajos, 30 de diciembre de 1993.

41 Concepto en principio referido a programas de ordenador, “...un bien intangible, fruto del ingenio humano, generalmente expresado en formato digital, que precisa de un medio material para manifestarse en el mundo externo. El formato digital consiste en una secuencia de impulsos magnéticos expresados en unos y ceros –lenguaje binario-, que puedan ser procesados por una máquina”. El *hardware*, tiene que ver con el “... soporte físico que almacena y trata la información formado, básicamente, por la unidad central del sistema y los periféricos- que procese esa «secuencia de instrucciones”. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, AURELIO, *Contratos internacionales de software*, Tirant monografías, 410, Valencia, 2006, pág. 38.

42 OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 462.

43 Landgericht Heidelberg de 3 de julio de 1992 O 42/92 KfH, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920703g1.html>.

44 OLG Koblenz de 17 de septiembre de 1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>.

45 FERRARI, *op. cit.*, pág. 149.

46 VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 65. Relata OLIVA BLÁZQUEZ, que ha sido posición asumida por tribunales norteamericanos el considerar que al incorporarse la creación intelectual a un soporte físico, tal como

acogida por la jurisprudencia, fallos entre los cuales cabe citar los siguientes⁴⁷: OLG Köln (Alemania) 16 de octubre de 1992; OLG Koblenz (Alemania), 17 de septiembre de 1993; Landgericht Manchen (Alemania) 8 de febrero de 1995; Gerichtshof Hertogenbosch (Países Bajos), 19 de noviembre de 1996⁴⁸.

Al decir de algunos sectores de la doctrina, deberá tenerse en cuenta que no siempre el *software* se vende, sino que se permite su uso, por lo cual, ni siquiera deberá pensarse en si la Convención es la aplicable, pues desde el punto de vista material, estos contratos escaparían de su campo de aplicación, y pasarían a ser regidos, más bien, por las reglas que conforme al derecho internacional privado, sean las aplicables a los contratos de licencia de uso⁴⁹. En este caso, poco importa si el *software* está materializado o no, y si el soporte material se vende, puesto que la prestación más importante dentro del contrato, será aquella que permite el uso de la aplicación informática, mas no la venta del soporte físico, el cual tendrá un precio muy inferior al que se paga por permitirse el uso de la aplicación. Ahora, en los casos en que la comercialización del *software* en soportes físicos o tangibles, no se hace de manera directa con su creador, sino el contrato se caracteriza por la

“...falta de identidad entre el titular de los derechos y la persona que vende las copias del *software* —la empresa minorista—, circunstancia que conlleva una situación en la que, además de existir dos contratos, los mismos se realizan con personas distintas: la compraventa del soporte, con el minorista, y la licencia del derecho de uso, con el proveedor informático. Su adecuada regulación requiere que, aparte de las normas de propiedad intelectual correspondientes, también se aplique las normas sobre el contrato de compraventa de producción interna... O internacional —CONVENCIÓN de Viena—”⁵⁰.

un CD-ROM, etc., adquiere naturaleza de cosa material, concretamente para el caso, una mercadería. OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 469. Cita el autor el fallo *Advent Systems v. Unysis corp.*, 925 F. 2d 670, 675 (3d Cic. 1991). La posición, basada en el concepto de mercaderías (*goods*) incluido en la sección 2-105 (1) del Código de Comercio Uniforme, de lo cual se deduce que una mercadería equivale a un bien mueble corporal identificable.

47 Según referencia de VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 65. Estos fallos pueden ser consultados en: <http://www.cisg.law.pace.edu>.

48 Igualmente debe considerarse la posición de quienes piensan que así no esté incorporado en un bien mueble, el *software* debe ser entendido como una mercadería, puesto que los bienes inmateriales no se encuentran excluidos de la Convención “Es decir, el concepto de «mercaderías» no exige que las cosas vendidas sean necesariamente corporales, bastando con que sean muebles”. OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 472. Los autores citados por OLIVA BLÁZQUEZ SON: NEUMAYER, MING, PILTZ, PRIMARK y VÁZQUEZ LÉPINETTE.

49 OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 464.

50 LÓPEZ-TARRUELLA, *op. cit.*, pág. 88.

También puede considerarse la posición de quienes asumen que a los efectos de aplicación de la Convención, los bienes o *mercaderías*, bien podrían tener naturaleza tangible o no. Ello incluso, puede permitir no caer en la poco afortunada conclusión de que sin un bien mueble material (como un libro) caería bajo el imperio de la Convención, pero no si el mismo bien, no se encuentra materializado, sino que se vende en formato “digital”, “descargándolo” de internet⁵¹.

4. APLICACIÓN A OTRAS OPERACIONES CONTRACTUALES

Se ha venido indagando en la doctrina, acerca de la posibilidad de extender el campo de aplicación de la Convención a otras operaciones contractuales, que no constituyan compraventa, en el sentido que ésta tiene, conforme a lo anotado anteriormente⁵². Algunos, como por ejemplo FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, son partidarios de aplicar la Convención a todo contrato que implique transferencia de dominio de un bien a cambio de un precio⁵³.

En principio, la misma Convención plantea dos casos en los cuales se trata de operaciones de compraventa con obligaciones adicionales, que podrían encajar en otros tipos contractuales. En efecto, El artículo 3 de la Convención consagra un par de figuras que en estricto sentido no son compraventas, al llevar dentro de sí, prestaciones originadas en otros tipos contractuales, tales como la prestación de servicios adicionales por parte del vendedor (como puede ser instalar el bien, etc.).

Establece la norma en mención:

“Artículo 3

1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

51 Opinión parecida la de OLIVA BLÁZQUEZ, cuando analizando el caso de las transferencias de *software on line*, concluye que “Por lo tanto (*sic*), el razonamiento según el cual el *software* es un bien mueble corporal en tanto y en cuanto se incorpora a un *médium* físico, pierde peso en virtud de estas nuevas transacciones en las que el objeto tangible brilla por su ausencia”. OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 481.

52 Véase especialmente sobre este punto las obras de los autores OLIVA BLÁZQUEZ, VÁZQUEZ LÉPINETTE y FERRARI, antes citados.

53 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, págs. 566-567.

2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”.

En el primer caso, se trata de eventos en los que el que el vendedor asume el encargo de fabricar los bienes, siguiendo los parámetros planteados por el comprador. La norma prevé que el comprador suministre al fabricante “una parte sustancial de los materiales” con los que el bien va a ser fabricado, caso en el cual, los contratos no serían de compraventa, sino de obra.

El segundo evento tiene que ver con contratos en los que el vendedor, además de transferirle al comprador el dominio sobre el bien, se compromete a prestar otros servicios⁵⁴. El contrato será compraventa, y por tanto estará regido por la Convención, en la medida en que la prestación de transferir dominio, sea la “obligación principal” del contrato.

El criterio mayoritariamente aceptado para los dos eventos, consiste en una valoración económica⁵⁵. Así lo comenta OLIVA BLÁZQUEZ:

“...en este caso puede apreciarse una cierta comunidad de opinión entre la doctrina, la cual coincide mayoritariamente en recurrir a un criterio puramente *objetivo o cuantitativo* para determinar el carácter principal o accesorio de las respectivas obligaciones de dar y hacer contempladas en un contrato mixto”⁵⁶.

Este criterio, ha prevalecido en la jurisprudencia sobre otro posible que es el “cualitativo” en el cual se atiende no al valor de los bienes suministrados por el comprador, sino a su importancia en la fabricación del bien⁵⁷. Así por ejemplo el laudo 7153 de la Cámara de Comercio Internacional y la sentencia de la “Cour d’ appel de Grenoble” de 26 de abril de 1995, casos citados por el autor referido⁵⁸. En el laudo 7153 CCI se trataba de un contrato celebrado entre un vendedor australiano y comprador yugoslavo celebrado en 1989. En este caso, se decidió que el contrato se regía por la Convención, toda vez que el valor del material era mayor que el de la operación de montaje⁵⁹.

54 Como pueden ser los contratos de *Engineering* donde se trata de suministrar maquinaria o equipo y asistencia técnica para su montaje y operación y los de “llave en mano”. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 88.

55 Véase HONNOLD, *op. cit.*, pág. 114.

56 OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 192.

57 CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 86.

58 Igualmente puede verse la referencia a estos casos en CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 88.

59 Laudo arbitral 7153 de 1991, Cámara de Comercio Internacional, en: www.unilex.info.

Sobre la posibilidad de aplicar la Convención a contratos de suministro internacionales de mercaderías, conforme a los cuales una parte —el suministrante— asume a cambio de un precio la obligación de transferir el dominio de mercaderías, de forma continua o periódica⁶⁰.

Un laudo arbitral alemán de 29 de diciembre de 1998 asumió, basado en una interpretación del artículo 73 de la Convención, que la Convención no excluye este tipo de contratos, sino que por el contrario, al hablar de “contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías” se está refiriendo a las mencionadas operaciones.

Si se advierte, en este tipo de operaciones, independientemente de la posibilidad de asumir que la diferencia fundamental con la compraventa estriba en que mientras ésta es un contrato de ejecución instantánea, aquéllas requieren necesariamente el paso del tiempo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, lo que se puede concluir es que la semejanza radica en que en ambos, la prestación fundamental consiste en transferir el dominio de un bien a cambio de un precio.

También se ha considerado la aplicación de la Convención a operaciones que modifican un contrato de compraventa internacional, en lo que resultare pertinente, tal como lo señaló el laudo arbitral 7331 de 1993 de la Cámara de Comercio Internacional. Aquí lo que podría afirmarse para considerar la aplicación de la Convención a las mencionadas operaciones es que hay una relación directa entre el contrato originalmente celebrado, y este acuerdo que pretende modificar o extinguir los efectos del primero⁶¹.

En cuanto a los contratos de permuta, que para el caso pueden ser asumidos de forma general como acuerdos en los que las partes intercambian mercaderías, alguna posición asume que no cabrían dentro de la Convención, pues el comprador se obliga a pagar un “precio” a cambio del bien cuyo dominio se le transmite, y no a cambiar cosas por cosas⁶². No obstante, otros, como se verá, lo que afirman es que la Convención no define que el precio debe consistir en dinero, como sí sucede en algunas legislaciones, por lo que bien podría estar representado en cosas, y por tanto se trataría de contratos regidos por la Convención.

60 En el derecho colombiano, en términos similares, puede verse la definición de contrato de suministro, en el artículo 968 del Código de Comercio. Por otro lado, en la doctrina sobre contratación internacional, puede verse la definición de CAMPUZANO DÍAZ, “El contrato de suministro se define como aquél en que una parte (suministrador) se obliga a realizar, a favor de otra (suministrado), entregas sucesivas y periódicas de una determinada cosa a cambio de un precio”. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 91.

61 FERRARI, FRANCO, *op. cit.*, págs. 124- 125.

62 Tal como lo señala VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 56.

La figura de la “permuta” cabe, en general, dentro de los contratos de comercio compensatorio o *countertrade*, en los cuales se trata de intercambiar bienes por bienes, o por servicios, o según concepto general de UNCITRAL, operaciones por las que una parte suministre bienes o servicios a la otra a cambio de un compromiso de concertar una operación o contrato de retorno⁶³. Este contrato, entre otras razones comerciales y políticas, nació para enfrentar la escasez de divisas en los años setenta y ochenta sufrida por los países socialistas⁶⁴.

Algunos niegan la aplicación de la Convención a las operaciones de permuta internacional, pensando en el tenor literal de los artículos referidos a obligación de pagar el “precio”⁶⁵.

Dos tipos de argumentos se pueden encontrar, para permitir la aplicación de la Convención a estas operaciones. El primero, como se sugirió anteriormente, consiste en asumir que generalmente las reglas de compraventa resultan aplicables a las operaciones de permuta, por analogía, cuando no por expresa remisión de las normas⁶⁶. El segundo, consistiría en afirmar que se trata de dos compraventas superpuestas, en las cuales operaría el modo de extinción de las obligaciones, llamado “compensación” que se da en aquellos eventos en los cuales las dos partes son deudoras una de otra, sobre una obligación de la misma naturaleza.

También se piensa en la aplicación de la Convención al contrato de distribución internacional, entendido como aquél por el cual:

“...un empresario, denominado concesionario, adquiere el derecho a revender en una determinada zona los productos de una determinada marca que le suministra otro empresario, denominado concedente, actuando el concesionario en nombre y por cuenta propia pero conforme a las condiciones fijadas por el concedente y bajo su supervisión”⁶⁷.

La mayoría ha optado por afirmar que en estos contratos la transferencia del dominio no constituye el elemento esencial del contrato, pues en ellos lo determinante es la organización de la distribución. No obstante, la jurisprudencia ha asumido la tesis según la cual, los contratos de compraventa celebrados en desarrollo del acuerdo

63 www.uncitral.org.

64 OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 274 a 276. Debe consultarse la guía jurídica de UNCITRAL sobre los contratos de *countertrade*. El profesor OLIVA BLÁZQUEZ hace un detallado análisis de las modalidades de *countertrade*, como son el *barter*, *counterpurchase*, *buy back* y *offset*. *Op. cit.*, pág. 282 y sigs.

65 FERRARI, *op. cit.*, págs. 126–127. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pág. 567. CALVO CARAVACA, “Artículo 1”, en DIEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 48.

66 Como sucede en el derecho colombiano, en el artículo 1958 del Código Civil. Igualmente en el caso español, CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 91.

67 CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pág. 92.

marco de distribución sí caben dentro de la Convención, tal como puede verse en los laudos CCI 8817 de 1997 y 8611 del mismo año. También en el mismo sentido, el caso “Benetton” fallado por la jurisprudencia alemana⁶⁸.

Finalmente, en los contratos de *leasing* internacional⁶⁹ con opción de compra, se afirma que la Convención no resulta aplicable toda vez que “no responden al concepto económico de compraventa”⁷⁰, ni aún en los eventos en los que se haya pactado la opción de compra.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la compraventa y de la promesa de venta*, t. 1, vol. 1, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- AUDIT, BERNARD, *La compraventa internacional de mercaderías*, Zavallía editor, Buenos Aires, 1994.
- ARIAS SCHEIBER, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. 2., Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema de derecho privado*, t. IV, Contratos, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 15ª edición, Ediciones librería del profesional, 2002.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “Artículo 1”, en: DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2000.

68 BGH 23 de julio de 1997.

69 Entendido de forma general como “...una operación financiera por la cual, una parte (arrendador financiero, entidad de *leasing*) cede a otra (usuario), a cambio del abono de cuentas periódicas, el uso de un bien que es adquirido por la primera a un tercero (proveedor) por indicación y de acuerdo con las instrucciones recibidas del usuario. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, MARIA ÁNGELES, “Contrato internacional de *leasing*”, en: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pág. 317. En este contrato, como bien lo señala la autora, pueden haber varias modalidades, entre las que está la citada, donde al final del contrato, el usuario tiene la opción de comprarlo.

70 FERRARI, *op. cit.*, pág. 128. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, pág. 57. Razones adicionales y más amplias en OLIVA BLÁZQUEZ quien al respecto indica: “...el arrendamiento financiero responde a una amalgama de intereses muy diferentes, los cuales convergen en un contrato de naturaleza económica compleja y multidisciplinar cuya función esencial, entendemos, es la de la financiación”. OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 449. No obstante, hay autores que sí creen que la Convención se pueda aplicar a las operaciones de *leasing* internacional con opción de compra. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pág. 567.

- CECCHINI ROSELL, XAVIER, *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Tecnos, 1995.
- FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, (trad.) ALBERT LAMARCA I. MARQUÉS, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- GALGANO, FRANCESCO (coord.), *Atlas de derecho privado comparado*, (trad.) JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS y RAFAEL VERDERA SERVER, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. 1, (trad.) JORGE GUERRERO, Temis, Bogotá, 1999.
- GARRO, ALEJANDRO; ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano, historia e instituciones*, 11 edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1993.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, AURELIO, *Contratos internacionales de software*, Tirant monografías, 410, Valencia, 2006.
- MEZA BARROS, RAMON, *Manual de derecho civil, de las fuentes de las obligaciones*, t. 1, colección Manuales Jurídicos, Jurídica de Chile, 8ª edición, 2000.
- Naciones Unidas, Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Naciones Unidas, Asamblea General, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/SER.C/DIGEST/1.
- OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- OVIEDO ALBÁN, JORGE, “El incumplimiento del contrato internacional”, en: *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n° 14, Legis, Bogotá, D.C., 2006.
- OVIEDO ALBÁN, JORGE, *Regulación del contrato de compraventa internacional*, Ibáñez, Bogotá D.C., 2007.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1957.
- PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, 9ª edición, Abogados Asociados, Medellín, 1997.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, MARÍA ÁNGELES, “Contrato internacional de leasing”, en: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías, una visión jurisprudencial*, Aranzadi, 2000, Elcano Navarra, 2000.

Jurisprudencia citada

- Alemania, *Landgericht Heidelberg*, 3 de julio de 1992.
- Alemania, *OLG Köln*, 16 de octubre de 1992.
- Alemania, *OLG Koblenz*, 17 de septiembre de 1993.
- Alemania, *OLG Klobenz*, de 17 de septiembre de 1993.
- Alemania, *OLG Köln*, 26 de agosto de 1994.
- Alemania, *Oberlandesgericht Köln* 26 de agosto de 1994.
- Alemania, *Oberlandesgericht Köln*, 26 de agosto de 1994.
- Austria, *Oberster Gerichtshof*, 10 de noviembre de 1994.
- Alemania, *Landgericht Manchen*, 8 de febrero de 1995.
- Alemania, *Oberlandesgericht Köln*, 21 de marzo de 1996.
- Alemania, BGH 23 de julio de 1997.
- Austria, Tribunal Supremo, 2 de febrero de 1995.
- Cámara de Comercio Internacional, laudo arbitral 7153 de 1991.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil, septiembre 15 de 1955.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil, noviembre 29 de 1967.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil, 10 de junio de 1968.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil, 2 de septiembre de 1970.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil, 15 de diciembre de 1973.
- Italia, Tribunale di Pavia, 29 de diciembre de 1999.
- Italia, Tribunal de Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002.
- Países Bajos, Rechtbank Arnhem, 30 de diciembre de 1993.
- Países Bajos, Gerechtshof Hertogenbosch, 19 de noviembre de 1996.
- Países Bajos, Retchbank Róterdam, 1º de noviembre de 2001.
- Países Bajos, Nederlands International Privaatrech, 2002.
- Suiza, Kantonsgericht des Kantons Zug, 21 de octubre de 1999.

