

**MANUAL PARA LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**

**ESTEBAN GUZMÁN GUTIERREZ**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2.009**

**MANUAL PARA LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**

**ESTEBAN GUZMÁN GUTIERREZ**

**Tesis de grado para optar al título de Abogado**

**Directora**

**MELBA ROCIO PÉREZ TUTA**

**Abogada**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2.009**

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

Firma

Nombre: María Cristina Gómez

Decana

Medellín, 12 de Agosto de 2009.

A mi madre,  
escuela de amor y fe.  
A mi padre, ya en la eternidad,  
quien siempre fue ejemplo  
de esfuerzo y trabajo constante.

## **AGRADECIMIENTOS**

El Autor expresa sus agradecimientos a:

A la Doctora Melba Rocio Pérez Tuta, que con entusiasmo y amor por el Derecho Privado Internacional, me animó para la elaboración de este trabajo y con sus conocimientos acerca de la Contratación Internacional, me acompañó permanentemente en la elaboración del mismo.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	10
OBJETIVO GENERAL .....	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	11
1. RELACIÓN INTERNACIONAL.....	12
1.1. DOMICILIO .....	12
1.2. NACIONALIDAD .....	14
1.3. RESIDENCIA .....	15
1.4. NORMATIVA DE DOS O MÁS PAÍSES APLICABLE .....	16
1.5. LEY APLICABLE.....	19
2. FUENTES .....	23
2.1. LEX MERCATORIA .....	23
2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	27
2.3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	29
2.4. LA JURISPRUDENCIA .....	30
2.5. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL .....	31
2.6. COMPARACIÓN CON FUENTES INTERNAS .....	33
3. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL.....	37
3.1. INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO – UNIDROIT .....	37
3.2. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - UNCITRAL – CNUDMI.....	38
3.3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC .....	41
3.4. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL CCI - ICC.....	48
4. EL CONTRATO INTERNACIONAL.....	50
4.1. FASE PRECONTRACTUAL .....	50
4.1.1. Acuerdo de Confidencialidad .....	51
4.1.2. Carta de Intención .....	54

4.1.3.	Memorando de entendimiento.....	54
4.1.4.	Intercambio final del consentimiento .....	55
4.1.5.	Formación y validez de la fase precontractual y el contrato.....	56
4.1.6.	Responsabilidad Precontractual.....	64
4.2.	DEFINICIÓN DE CONTRATO INTERNACIONAL .....	70
4.3.	ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO INTERNACIONAL .....	70
4.3.1.	Capacidad.....	70
4.3.2.	Consentimiento .....	72
4.3.3.	Objeto lícito.....	73
4.3.4.	Causa lícita .....	74
4.4.	CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO INTERNACIONAL .....	74
4.5.	ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	75
4.5.1.	Contratos de Distribución.....	75
4.5.1.1.	Suministro .....	76
4.5.1.2.	Franquicia.....	78
4.5.1.3.	Concesión Comercial .....	83
4.5.1.4.	Agencia Mercantil.....	84
4.5.2.	Contratos de Colaboración .....	87
4.5.2.1	Joint venture .....	87
4.5.2.2.	Unión temporal.....	89
4.5.2.3.	Consortio .....	92
4.5.3.	Contratos de Administración.....	92
4.5.3.1.	Outsourcing.....	92
4.5.3.2.	Fiducia.....	94
4.5.3.3.	Llave en mano.....	100
4.5.4.	Contratos de Financiación Internacional.....	102
4.5.4.1.	Empréstito .....	102
4.5.4.2.	Factoring .....	103
4.5.4.3.	Leasing.....	107

4.5.4.4.	Underwriting .....	114
4.5.5.	El contrato de Compraventa Internacional de mercaderías .....	116
4.5.6.	El contrato de Transporte Internacional .....	121
4.6.	CLAUSULADO FRECUENTE APLICABLE A LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.....	125
4.6.1.	Garantías de la contratación .....	126
4.6.2.	Adaptación del Contrato por el cambio de circunstancias .....	126
4.6.3.	De Responsabilidad.....	127
4.7.	DEFINICIONES.....	127
4.8.	LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN .....	128
4.8.1.	Cláusula Compromisoria.....	128
5.	ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA EXPORTACIÓN E IMPORTACIÓN DE MERCADERÍAS EN COLOMBIA.....	131
5.1.	DOCUMENTO B/L .....	131
5.2.	FACTURA .....	133
5.3.	INSTITUCIÓN - PROEXPORT .....	134
5.4.	SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA - SIA.....	139
5.5.	INCOTERMS .....	140
6.	CONCLUSIÓN .....	149
	BIBLIOGRAFÍA .....	151

## RESUMEN

El mundo se encuentra en continuos cambios, generados, entre otros, por las nuevas tecnologías, la globalización y la aceleración de los procesos económicos, que tiene como efecto el aumento de prácticas de actividades comerciales soportadas en su mayoría en instrumentos jurídicos, en especial el contrato internacional. Por ello el mundo del Derecho como medio de regulación de actividades humanas, no es ajeno a todo lo anterior, sino que va a la par con estos cambios, no solo como controlador de las relaciones sino como facilitador de las mismas.

Por lo anterior, y con el fin de facilitar los negocios en el ámbito internacional y como aporte de prevención del riesgo jurídico, se identifica la necesidad de información básica y un modelo contractual aplicable por los comerciantes nacionales, en sus relaciones con el sector público y en especial frente a la internacionalización de las relaciones de carácter privado, en la búsqueda de aportar a la implementación de políticas y directrices con miras a la facilitación de accesos de ellas a las diferentes economías mundiales con claridad sobre los procesos de contratación internacional, permitiéndonos siempre mayor agilidad, eficiencia y eficacia.

Pretendemos con este trabajo de investigación, presentar un MANUAL DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL, con el objetivo que se convierta en una herramienta útil para quienes quieran participar de esta actividad, con procesos claramente establecidos, y una fuente de consulta a la hora de un proceso de Contratación Internacional.

**PALABRAS CLAVES:** RELACIONES INTERNACIONALES; DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL; CONTRATO; CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.

## INTRODUCCIÓN

No podemos negar que el intercambio económico internacional ha crecido a pasos agigantados. El siglo XXI esta caracterizando por el afianzamiento del libre mercado y el capitalismo, lo que ha obligado a examinar muchas instituciones y estructuras en los campos económicos y jurídicos, entre las que se encuentran con mayor importancia, los contratos del derecho privado, pues estos se constituyen como el vehículo más importante y seguro con que cuenta el empresario para expandirse por el mundo.

El derecho como medio de regulación del comportamiento humano, no puede ser ajeno a todo lo anterior, sino que debe ir a la par con estos cambios, no solo como controlador de las relaciones sino como posibilitador de las mismas. Es por esto que han surgido mecanismos jurídicos con unas formas que potencialmente tienden a señalar modelos expresados en normas y principios de naturaleza internacional, con le fin de conservar la igualdad, el equilibrio y no vulnerar los derechos y obligaciones de una y otra parte, como quiera que por lo general se involucran intereses diversos de personas, naturales y jurídicas de diferentes países.

El presente MANUAL DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL, pretende ser una herramienta útil para quienes necesiten participar del comercio internacional, con procesos claramente establecidos, dando claridad conceptual y como fuente de consulta a la hora de querer negociar un Contrato Internacional.

## **OBJETIVO GENERAL**

Elaboración de un MANUAL PARA LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL que sirva de guía en el desarrollo de un proceso contractual, presentando, entre otras cosas, su problemática y los aspectos básicos de su formación.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Definir los aspectos que determinan una relación internacional y el papel fundamental que juega en estas el contrato internacional.
- Mostrar la importancia de la contratación internacional en el mundo actual, indicando su regulación y su problemática.
- Señalar los principales conceptos en materia de contratación internacional para lograr de la mejor manera posible los procesos de negociación.
- Mostrar el proceso de formación de los contratos internacionales y señalar el clausulado más útil y frecuente de los mismos.
- Establecer el derecho aplicable a los contratos internacionales.
- Conocer los principales Documentos para la Exportación e Importación de mercaderías en Colombia

## **1. RELACIÓN INTERNACIONAL**

El carácter “internacional” en un contrato se puede definir de varias maneras. Las soluciones que se adoptan en las legislaciones nacionales e internacionales, se encuentran entre aquellas que requieren que el establecimiento o residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca vínculos estrechos con más de un estado, o que implique una elección entre leyes de diversos estados o que afecte los intereses del comercio internacional<sup>1</sup>. Veamos algunos de los más importantes criterios a continuación.

### **1.1. DOMICILIO**

La doctrina históricamente da unos elementos entre los cuales se encuentra el domicilio como identificador de un contrato internacional, sin embargo es una tesis ampliamente criticada.

A manera de ejemplo, en materia arbitral, cuando alguna de las partes tenga su domicilio en un estado diferente a Colombia al momento de la celebración del convenio arbitral, se puede entender que hay una relación internacional, desde lo que nos explica este criterio.

A pesar de que suele parecer un criterio claro, alguna parte de la doctrina considera que no es adecuado seguir usando el criterio de domicilio, reiteramos ya obsoleto en derecho internacional. Así, la ley 315 de 1996, ignorando las nuevas tendencias al respecto, en especial la de la misma ley modelo de UNCITRAL, que

---

<sup>1</sup> PRINCIPIOS UNIDROIT. SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.  
Roma: Universidad Externado de Colombia, 2008. P. 2.

habla de “establecimiento” y no de domicilio en su artículo 1º acoge este criterio, igualmente, las disposiciones de las leyes colombianas, con carácter eminentemente internacional al respecto, ley 518 de 1999, artículo 1 y ley 527 de 1999 artículo 25, que también se refiere al “establecimiento” determinan este criterio.

Cuando una persona no tiene establecimiento, se recurre al concepto de residencia desarrollado en párrafo posterior y no al de domicilio.

En efecto y en el presente análisis las personas jurídicas, grandes protagonistas del derecho internacional, pueden tener más de un domicilio o sede social, e incluso sus órganos con capacidad para celebrar contratos o contraer obligaciones, carecer por completo de domicilio, aunque no de establecimiento.

Estrictamente considerado, el concepto de domicilio puede no decir nada. Por ejemplo, se acude a la definición dada por VALENCIA ZEA<sup>2</sup> por referencia al artículo 77 del Código Civil “Circunscripción territorial municipal”, lo que aparte de fijar la competencia de un juez o tribunal, es un dato sin mayor relevancia, pues sin el añadido de una dirección exacta no puede localizar a una persona, salvo casos excepcionales. En la época en que se promulgo el código civil, con ciudades pequeñas, el concepto tenía sentido para fijar una persona. Hoy no lo tiene.

Además, el concepto de “establecimiento” propuesto por la doctrina, es el concepto internacional sobre el mismo, consiste en una “instalación de una cierta duración, estabilidad, y con determinadas competencias para dedicarse a los

---

<sup>2</sup> VALENCIA ZEA, Arturo, “DERECHO CIVIL – PARTE GENERAL Y PERSONAS”. Bogotá: TEMIS, 1987, Tomo I. P. 305.

negocios”<sup>3</sup>, con lo que quedan incluidos en el supuesto los casos de todos los establecimientos. Lo importante es que estén en un sitio fijo.

Por lo demás, establecimiento no es lo mismo que establecimiento de comercio. En el “establecimiento” lo único que importa es que tengan competencia para realizar actos y contratos o contraer obligaciones, es decir, realizar negocios en general o en particular.

## **1.2. NACIONALIDAD**

La nacionalidad puede ser definida como el “atributo jurídico que señala el individuo como miembro del pueblo constitutivo de un estado. Es el vínculo legal que relaciona a un individuo con un Estado”<sup>4</sup>.

En otras palabras la nacionalidad es la pertenencia jurídica que corresponde a una persona en razón al vínculo con el Estado y se puede dar de manera originaria, con el nacimiento, o derivada, con su posterior obtención.

Algunas teorías señalan que existe una relación de derecho internacional privado, cuando en ella intervienen dos o más personas con diferentes nacionalidades, sin embargo no es un criterio identificador en la medida de que se puede dar un contrato eminentemente nacional y cuyas partes sean extranjeros.

---

<sup>3</sup> FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis; CALVO CARAVACCA, Alfonso, “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL”, Madrid: Tecnos, 1995. P. 570.

<sup>4</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. México : Porrúa. 1998. P. 2173.

### 1.3. RESIDENCIA

Para determinar la internacionalidad de un contrato y cual es la ley del mismo, se presume, por regla general, que en un contrato en cual participan dos o más partes que tienen su residencia en dos países distintos, presenta los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual la parte del contrato que debe proporcionar la “prestación característica” del contrato.

Hay que aclarar que “residencia habitual”, es un concepto fáctico. Si el prestador característico es una persona jurídica debe tenerse por residencia el lugar donde se haya su administración central y tratándose de contratos celebrados por personas jurídicas en el ejercicio de su actividad empresarial, debe considerarse el país donde tenga su establecimiento principal. Para evitar problemas de conflicto móvil, la residencia del prestador característico debe concretarse en el momento de la celebración del contrato<sup>5</sup>.

La prestación característica es aquella que distingue un tipo de contrato de los demás.

Sin embargo este elemento se critica en la medida que dos personas de diferente nacionalidad pueden celebrar un negocio típica y estrictamente nacional por encontrarse en el mismo territorio para la celebración y ejecución del mismo.

La residencia, no puede ser el criterio para establecer la internacionalidad o no de un contrato, toda vez que pueden dos personas que tengan residencia en países diferentes celebrar en uno de los ellos, un contrato exclusivamente nacional, por eso debemos señalar que existe contrato internacional cuando:

---

<sup>5</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “CURSO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL”. Madrid: COLEX, 2003. P. 72.

1. Se da intercambio de riqueza entre fronteras
2. Involucra la normatividad de más de un Estado y
3. Le interesa al comercio internacional

#### **1.4. NORMATIVA DE DOS O MÁS PAÍSES APLICABLE**

Aunque uno de los aspectos más importantes que las partes en una negociación internacional deben prever y regular, es el relativo a las posibles controversias que se deriven de la interpretación o ejecución del mismo<sup>6</sup> en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que les permite llegar a un acuerdo al respecto, en la realidad jurídica que enmarca los contratos internacionales, cuando las partes no optan por ninguna ley aplicable a su contrato, surgen dos hipótesis: que no haya pacto arbitral, en cuyo caso el juez estatal escogido aplicará su propia regla de conflicto, o que haya pacto arbitral, en cuyo caso los árbitros escogerán la ley sustancial aplicable.<sup>7</sup>

Es así como cada país debe buscar la forma de regular todas, o por lo menos la mayoría de las situaciones que puedan surgir en torno a la celebración de aquellos contratos que tienen vinculaciones con diferentes Estados<sup>8</sup>, labor que se debe llevar a cabo a través de un sistema completo y eficiente de reglas de conflicto, que son aquellas que permiten encontrar la ley sustancial que regirá una determinada relación contractual.

---

<sup>6</sup> DE LA FUENTE, Marta; ECHARRI, Alberto. "MODELOS DE CONTRATOS INTERNACIONALES". Madrid: FC, 1999. P. 295.

<sup>7</sup> ALJURE SALAME, Antonio. "La regla de conflicto en el contrato internacional". En Revista de Derecho Privado Vol. No. 25. Universidad de Los Andes. P. 59.

<sup>8</sup> SIERRAALTA RÍOS, Aníbal y OLAVIO BAPTISTA, Luiz. "ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL". Bogotá: Temis, 1998. P. 42.

Sin embargo, en el caso de Colombia, que es el que nos interesa, las Normas de Conflicto en materia de contratos internacionales dentro de nuestra legislación, son pobres y suscitan gran incertidumbre. Además, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existen pronunciamientos suficientes acerca del tema. Colombia hasta hace pocos años mantenía un régimen económico cerrado que poco exigía la celebración de acuerdos internacionales que pusieran a prueba las normas existentes. No obstante, a partir de 1991, con la apertura económica, se incrementó el número de transacciones internacionales y, por consiguiente, el número de necesidades jurídicas a ser reguladas por el derecho colombiano.

La regla de conflicto es una norma, generalmente del derecho interno, que no resuelve el asunto en litigio, sino que remite a otra norma, llamada sustantiva, que sí lo hace. En nuestro derecho, son normas de conflicto en materia contractual los artículos 19 y 20 del Código Civil, el 869 del Código de Comercio<sup>9</sup> y, podría decirse, el artículo 1º de la Ley 315 de 1996.

Por una parte, los artículos 19 y 20 C.C. y 869 C. de Co. aceptan la celebración de contratos en el exterior; el artículo 19 dispone que los colombianos residentes o domiciliados en el exterior están sujetos a las normas colombianas relativas a la capacidad cuando celebran actos jurídicos que tienen efectos en Colombia y los artículos 20 C.C y 869 C. de Co. reconocen la validez de los contratos celebrados en el exterior, sometiéndolos en sus efectos a la ley colombiana cuando se cumplen en el país.

Por otra parte, el artículo 1º de la Ley 315 establece los vínculos que determinarían en qué casos concretos existiría un contrato internacional en Colombia. Esta disposición, encargada de regular el arbitraje internacional,

---

<sup>9</sup> ALJURE SALAME, Antonio. "La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros". Bogotá: Legis, 2007. P. 352.

identifica distintas relaciones jurídicas de carácter internacional en cuya presencia puede pactarse este mecanismo de solución de controversias<sup>10</sup>.

Asimismo, es importante resaltar que Colombia hace parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, mediante la Ley 518 de Agosto 4 de 1999, cuya entrada en vigor comenzó el 1 de Agosto de 2002, con la expedición del Decreto 2826 de Diciembre de 2001.<sup>11</sup> La convención se ocupa de regular aspectos sustanciales de la compraventa, como son la formación del contrato y las obligaciones del comprador y del vendedor, de tal manera que proporcione un solo marco de referencia para las partes y se elimine la inconveniencia de mirarla legislación de cada país.<sup>12</sup>

Sin embargo, aunque Colombia se adhirió a esta convención, que como su nombre lo indica, regula los casos de compraventa internacional, existen innumerables contratos internacionales, que se quedan en el limbo al no encontrar un respaldo legal que establezca qué hacer en el caso de presentarse una controversia.

Además, aunque mucho se ha escrito acerca del contenido de la convención, las áreas que regula y los principios que la rigen, existe aún hoy un vacío en cuanto a

---

<sup>10</sup> MEDINA CASAS, Héctor Mauricio. "La ley aplicable al contrato". Bogotá: Legis. 2007. P. 371.

<sup>11</sup> Blanco de Castro. Abogados E.U. [En Línea] <<http://www.blancodecastro.com/actualidad.htm>>. Publicado 20 de Febrero de 2008. [Consultado: Junio1 de 2009].

<sup>12</sup> ABUSAID, José Alejandro. "REGLAS DE JURISDICCIÓN PERTINENTES A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍA EN LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS". Bogotá: Universidad del Rosario. 2006. P. 730.

cómo y dónde hacer valer sus disposiciones como instrumento práctico para dirimir controversias.<sup>13</sup>

En lo que respecta a los llamados “*principios Unidroit*”, creados por el “Instituto para la unificación del Derecho Privado” (*Unidroit*), y a través de los cuales se pretendió que los Estados miembros de este instituto aplicaran los principios consagrados dentro del estatuto orgánico del mismo a los negocios internacionales celebrados entre ellos.

## **1.5. LEY APLICABLE**

Una definición de contrato admisible para el derecho internacional, aunque este tema se desarrollará mas adelante, puedes ser “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”<sup>14</sup>. Como queda claro, esta definición corresponde al concepto de convención en Colombia (y no al de contrato).

Es más la definición señalada parece comprender, no solamente le supuesto del contrato estrictamente considerado, sino también el de operación, contrato complejo o contrato compuesto, palabras que implica un acuerdo bilateral o plurilateral que comprende varios contratos distintos. Es el caso del crédito documentario, del leasing (cuando se incluye como parte al proveedor), o de un acuerdo que implique para una de las partes el pago global del precio a cambio del cual recibirá de la otra parte una máquina y los conocimientos técnicos

---

<sup>13</sup> ABUSAID, José Alejandro. “REGLAS DE JURISDICCIÓN PERTINENTES A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS”. Bogotá: Universidad Del Rosario, 2006. P. 730.

<sup>14</sup> CALVO CARAVACCA, Alfonso; FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL”, Madrid: TECNOS, 1995. P. 68.

necesarios para manejarlas, que son prestaciones correspondientes a contratos diferentes<sup>15</sup>.

Las partes pueden regular sus contratos de dos formas diferentes:

- a.) Designando la ley que se aplicará al contrato en aplicación de su autonomía conflictual.
- b.) Regular el contenido del contrato en ejercicio de su autonomía material, para ello podrán remitirse a una ley o normativa determinada, realizando una “incorporación por referencia”, es decir, considerando como cláusula de su contrato la ley o las normas escogidas.

En el primer caso, si la ley cambia, esto afectará el contrato, en el segundo no. Un clásico ejemplo de incorporación por referencia es el de los contratos que se remiten a una cláusula de INCOTERMS para determinar las obligaciones del comprador y del vendedor. También los contratos que se remiten a condiciones generales de la contratación señaladas por organismos privados o públicos. Remisión a una ley puede ser la efectuada a las leyes de protección al consumidor o a las normas de esas leyes que regulan ciertos aspectos concretos.

A falta de elección por ley de las partes (por falta de la consenso de las partes o por intento de evitar toda ley estatal), o cuando esta elección no sea válida, la ley reguladora del contrato se fija mediante el artículo 4 CR: el precepto emplea unas “presunciones”, que constituyen para primera solución para la determinación de la ley del contrato a falta de elección por ley de las parte. Indican directamente, la ley aplicable al contrato. Son sin embargo, presunciones de las que se puede salir.

---

<sup>15</sup> RAVASSA MORENO, Gerardo. “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. PRINCIPIOS Y NORMAS SEGUNDA EDICIÓN”. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. P. 412.

La presunción general, válida en principio para todo contrato, dice que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual, la parte del contrato que debe proporcionar la prestación característica del contrato.

No obstante, la presunción general es susceptible de crítica, como que la aplicación del país de sede de la empresa, lo que indicaría que el prestador característico esta justificada entre un profesional de la contratación internacional, y su cliente un no profesional para al que el contrato internacional es un acto aislado. En tal caso, la aplicación de la ley del país prestador característico incentiva la contratación internacional: todos los contratos que celebra el prestador característico quedan sujetos, salvo elección de ley, al mismo derecho estatal, a su derecho. Se potencia la aplicación de una ley única y además es una ley familiar al contratante profesional de la contratación internacional.

Existen dos presunciones especiales validas para concretos tipos de contratos:

- a. Cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde se haya el inmueble. Esta solución favorece que el contrato y los derechos reales que puedan traer causa del mismo queden sujetos a la misma ley estatal. En efecto, los derechos reales se rigen en todos los sistemas de derecho privado por la ley del país de situación del inmueble.
- b. En el contrato de transporte de mercancías, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de conclusión del contrato si dicho país coincide con aquel en el que esta situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor. A tales efectos, se

consideran contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un único viaje, así como los demás contratos cuyo objeto principal sea la realización de un transporte de mercancías.

En conclusión reiteramos que los tres criterios aceptables en la determinación de la internacionalidad de una relación son:

1. Intercambio de riqueza entre fronteras
2. Involucra la normatividad de más de un Estado y
3. Le interesa al comercio internacional.

## 2. FUENTES

Hacer alusión a las fuentes del derecho, es designar el estudio de los orígenes material (contenido) y formal de las normas. Las fuentes se clasifican en materiales o reales y formales.

Las reales son el conjunto de hechos sociales, que determinan la materia o el contenido de las normas jurídicas. Por fuentes formales, se debe entender las formas necesarias y predeterminadas que deben tomar las normas jurídicas para ser tales. También se señala con esto, los procesos por los cuáles se crean las normas jurídicas.

Con la expresión fuentes de derecho internacional, designamos los hechos y actos en los cuales nace este derecho.

Las fuentes del Derecho Internacional Privado, pueden ser cuatro; las de Derecho Internacional Privado Autónomo, que son ordenamientos jurídicos puramente nacionales; las de Derecho Internacional Privado Convencional, integrado por tratados internacionales bilaterales o multilaterales; las de Derecho Internacional Privado Institucional, que se integra por ordenamientos jurídicos derivados de un proceso de integración económica, como puede ser la Unión Europea o el Mercosur; y las de Derecho Internacional Privado Transnacional, que está integrado por la denominada Nueva *Lex Mercatoria*, como veremos a continuación.

### 2.1. LEX MERCATORIA

En el comercio internacional con frecuencia se presentan problemas sobre aspectos tan importantes como el de determinar cuando deben entenderse

cumplidas las obligaciones que las partes contratantes, quién debe cubrir determinados gastos que la venta de haya podido originar, cómo puede realizarse el reconocimiento de mercaderías o quién y durante cuanto tiempo debe responder por vicios de las mismas.

Las diferencias legislativas existentes en el entorno internacional ha captado la preocupación de todos los países y organismo internaciones, apreciándose desde hace tiempo una clara tenencia unificadora de la legislación aplicable al contrato de compraventa internacional en particular y a los contratos en general.

Intentos relevantes fue la Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías y la ley Uniforme relativa a la formación de contratos de compraventa internacionales de mercaderías, aprobadas en una Conferencia Diplomática celebrada en la Haya en 1964. Estas leyes no entraron en vigor al no ratificarse por un número suficiente de países.

Es escaso éxito suscitado por las convenciones de La Haya estimuló a que la Asamblea General de las Naciones Unidas auspiciara la creación de un organismo con representación mundial que promoviese la armonización y unificación del derecho del comercio internacional. Así fue como nació la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL-. Esta comisión finalizó en 1978 un proyecto de Convención, que fue aprobado en la Conferencia Diplomática celebrada en Viena el 11 de abril de 1980, convirtiéndose en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de Mercaderías.

Pese al éxito alcanzado con la promulgación de dicho Convenio, no puede afirmarse que el contrato de compraventa internacional tenga una legislación única uniformemente aceptada, y de ahí que la regulación del contrato deba completarse con un conjunto normativo peculiar del mundo de los negocios internacionales, la *LEX MERCATORIA*, que significa derecho uniforme vivo que se desenvuelve en

los medios profesionales del tráfico mercantil internacional y que tiende a desconectarse de todo ordenamiento jurídico nacional.

Podemos entender la *lex mercatoria* como “un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente la estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”.

Se entiende la *lex mercatoria* como el componente fundamental de una categoría jurídica, a la que se ha dado el nombre de Derecho Transnacional, debido a que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente y que se entienden como contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos existentes. En tal sentido, se ha planteado que esta noción parte de ciertas reglas jurídicas a las cuales los miembros de la “*societas mercatorum*” les reconocen un carácter y una aceptación universales. Así, una primera razón para justificar la existencia de la *lex mercatoria* es su naturaleza, ya que proviene de un “cuerpo social estructurado”, que ha diseñado e implementado un orden jurídico propio, de forma que llega a afectar el monopolio normativo de los Estados.

A partir de las consideraciones precedentes, podemos enunciar las características de la *lex mercatoria*:

1. Es un derecho nacional: Lo que implica que no procede de un sistema jurídico nacional. Este elemento es el que justifica su vocación de universalidad pues se sostiene que el contenido de la *lex mercatoria* no ha sido extraído de los derechos internos, sino que parte de principios comunes a los sistemas jurídicos, los cuales han reconocido su existencia y validez al incluirlos dentro de sus cuerpos normativos.

2. Está dotado de fuerza obligatoria: Este talante no implica la necesidad de un “aparato coercitivo estatal”, sino que demuestra que su carácter vinculante está dado por el reconocimiento que de ella hacen los miembros de la sociedad comercial internacional.

3. Es un derecho espontáneo: Surgido de la práctica mercantil global, creado por los comerciantes con el fin de sustraerse a la aplicación de un ordenamiento jurídico nacional.

4. Está conformado por principios, usos y reglas: Es un lugar común sostener que el principal componente de la *lex mercatoria* son los principios generales del Derecho, tanto así que el hecho de afirmar que un contrato se va a regir por tales principios, legitima la aplicación de la *lex mercatoria* como ley sustantiva de dicha relación. Sin embargo, al tocar este tema siempre se ha intentado enlistar los principios y usos que se toman como contenido de la *lex mercatoria*. Frente a este aspecto, estimamos que no se puede limitar o reducir esta institución a una lista taxativa de reglas; el propósito de ella no es la codificación de tal lista, sino su configuración como una herramienta o un método que permite extraer los principios jurídicos aplicables a cada situación en concreto, sin desconocer la existencia de una serie de principios reconocidos y consolidados en la jurisprudencia arbitral.

La *LEX MERCATORIA* se ha construido sobre los siguientes elementos básicos:

A. Usos y costumbres mercantiles.

Son prácticas o hábitos comerciales que, a fuerza de su utilización repetida por los comerciantes, han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho. Cabe destacar:

- *INCOTERMS*, que constituyen un conjunto de reglas en punto a la obligación del lugar de entrega y sus obligaciones y riesgos para las partes en la contratación.
- Reglas uniformes relativas a la cobranza.
- Reglas y usos uniformes relativos al crédito documentario
- Reglas uniformes para las fianzas contractuales.

## B. Condiciones generales de la contratación

Se han desarrollado en el tráfico internacional para su utilización en serie por empresas o grupos empresariales, con el fin de disciplinar los contratos que concierne a su tráfico.

## C. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales.

Fueron elaboradas por el UNIDROIT y su objetivo es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, al no hacer referencia a los derechos nacionales. Tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales, estableciendo el deber de las partes de actuar de buena fe e imponiendo criterios de comportamiento razonable. Las partes de un contrato pueden remitirse a los principios como derecho aplicable, con exclusión de cualquier otra legislación mundial.

## **2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

Los tratados celebrados entre Estados generan obligaciones y derechos para las partes y para ellas, sus preceptos son normas de derecho internacional que se sobreponen al derecho interno de cada uno de los estados participantes. Pero, en

principio, estas normas no obligan a terceros estados que no son parte en el tratado.

Sin embargo, la misma convención de Viena reconoce que un tratado puede dar lugar a la creación de normas de derecho por vía de la costumbre internacional.

Mas dudosa es la cuestión de si un tratado multilateral, con un número considerable de estados-partes pueden generar normas aplicables también a Estados que no son parte en dichos tratados. En general, se considera que si un grupo de estados que son partes en el tratado multilateral es suficientemente grande, puede ir formándose una preceptiva internacional obligatoria por vía de las prácticas que se generalicen en una relación con los terceros estados.

Igualmente, en la organizaciones internacionales, cuando estas disponen de facultades derivadas de su competencia de atribución, sus normas son “actos unilaterales de la organización que pueden considerarse fuente autónoma de derecho internacional, si bien de carácter secundario derivado, que se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que traen origen: las reglas de la organización en particular, las previsiones expresas o implícitas en su tratado constitutivo, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida”<sup>16</sup>.

Las organizaciones de cooperación no suelen emitir normas jurídicas vinculantes para los estados miembros ya que estos no ceden soberanía a favor de la organización. Se limitan a dictar recomendaciones de voluntaria aplicación. En organizaciones de integración este tipo de normas encuentra plena expresión. Cuando han sido adoptadas por unanimidad obligan a todos los miembros.

---

<sup>16</sup> REMIRO BROTONS, Antonio. “DERECHO INTERNACIONAL”, Madrid: McGraw-Hill, 1997. P. 298.

Otras veces se conviene en que la norma, sea únicamente obligatoria para los estados que expresamente la acepten, o que por el contrario para los Estados que no manifiesten expresamente su rechazo.

En el derecho internacional mercantil, se observa un proceso de codificación internacional de normas que tienen la ocasión de ser aceptadas por la mayoría de los países del mundo, cuando se adhieran a los convenios correspondientes.

Pero a muchos Estados que no se adhieren a estos tratados o convenciones la práctica internacional les impone las mismas normas.

### **2.3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

La Corte Internacional de Justicia, en su estatuto (art. 38) se obliga aplicar los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Es importante resaltar que el mayor desarrollo de principios generales del derecho mercantil internacional se ha dado en materia de contratación internacional con la elaboración por parte de UNIDROIT, de sus “principios para los contratos comerciales internacionales”. Estos principios son susceptibles de aplicación en Colombia, según la norma del artículo 7º del Código de Comercio, que no puede interpretarse restrictivamente, sino de manera amplia, entendiendo que se refiere a los “principios generales de derecho comercial”, nacionales y también a los internacionales. A lo que debe añadirse que habiendo Colombia adherido al estatuto de UNIDROIT (ley 32 de 1992), implícitamente esta dando validez a estos principios.

Se discute si los principios forman parte o no de la *LEX MERCATORIA*, particularmente porque en sus propósitos, se sugiere la aplicación de los mismos cuando las partes se remitan en su contrato a la *LEX MERCATORIA*.

Se deben dividir por partes, encontrando en ellos normas de origen consuetudinario, normas reflejo de verdaderos principio generales de derecho y normas que ya tienen existencia consolidada en muchas leyes nacionales e internacionales.

#### **2.4. LA JURISPRUDENCIA**

La función de la Corte Internacional de Justicia, en cuanto a su labor de aplicar las normas, establecía en el artículo 38 de su estatuto y según una apreciación restrictiva del mismo, el cumplir esta función no crea derecho, sus decisiones no constituyen fuente de derecho internacional. La corte se limita a interpretar.

Además de la CIJ, otros importantes tribunales han de interpretar el derecho internacional, creado dentro de sus respectivas organizaciones, como el tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

A nivel general prevalece el concepto de que los tribunales internacionales no crean normas, simplemente comprueba la existencia de las mismas si son consuetudinarias al declararlas y si son normas escritas, interpretan y fijan su alcance, llenando en su caso lagunas.

Pero es claro que si el contenido de las normas consuetudinarias y de las lagunas no es visible, teniendo que revelarlo vía declaración o interpretación, cualquier pronunciamiento al respecto, más que identificar lo que esta oculto, le da forma a

algo presente pero impreciso y en este sentido podemos decir que crea derecho. La cuestión no es pacífica. El principio de “plenitud de la ley”, deducido de la división de poderes que ha fijado el concepto tradicional de interpretación, a restringirla sometiéndola a límites estrictos como en el caso de los artículos 25 y siguientes del Código Civil Colombiano que pretenden inmiscuirse en la labor fundamental del juez en labor.

Además si el derecho internacional lo que pretende es integrar los sistemas de “derecho civil” y el “*common law*”, siendo este un sistema de precedentes judiciales, no se puede desconocer la prohibición de denegar justicia, corresponde al juez la tarea de llenar lagunas, esto es crear derecho<sup>17</sup>.

## **2.5. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL**

Para que una persona pueda obligarse jurídicamente es necesario que manifieste su voluntad, lo cual se hace a través de actos jurídicos. Esos actos jurídicos pueden ser de diversos tipos como unilaterales, en los que solo se exterioriza la voluntad de una persona, y plurilaterales, en los que concurren dos o más voluntades.

Los actos plurilaterales se incluyen dentro del género llamado “convención”, el cual engloba todo acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos. En contrato es una especie de la convención, que es el destinado a producir obligaciones.

El concepto tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, con

---

<sup>17</sup> RAVASSA MORENO, Gerardo. “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. PRINCIPIOS Y NORMAS SEGUNDA EDICIÓN”, Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. P. 158.

intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, donde el objeto de la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra parte.

En una visión más actual del concepto “contrato”, no solo se comprenden los negocios jurídicos de contraprestación, sino también los negocios de colaboración. Estos últimos, son aquellos en los que puede intervenir más de dos partes, las cuales pueden perseguir intereses comunes y por tanto colaboran para su realización. Aquí a diferencia de los de contraprestación las obligaciones de las partes son autónomas (no interdependientes), por lo que el incumplimiento de una no tiene por qué afectar las obligaciones de las demás; así la nulidad que afecte a uno, no tiene por qué afectar la validez del negocio jurídico.

Es así como el Código de Comercio en su artículo 864 dispone que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta”.

En el contrato mercantil entonces se busca crear, regular o extinguir una relación jurídica con contenido patrimonial entre los contratantes. Igualmente hay que señalar que el contrato mercantil tiene como fin regular las relaciones jurídicas patrimoniales desde su nacimiento hasta su fin, las cuales comportan contenido económico; acercándose así al significado de convención<sup>18</sup>.

En materia internacional la convención deberá como ya se manifestó tener entre otras, las siguientes características:

---

<sup>18</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. “DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. NACIONALES E INTERNACIONALES”. Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 82.

1. Intercambio de riqueza entre fronteras
2. Involucra la normatividad de más de un Estado y
3. Le interesa al comercio internacional

## **2.6. COMPARACIÓN CON FUENTES INTERNAS**

Para Bobbio los ordenamientos jurídicos se componen de una mirada de normas que no provienen de una fuente exclusiva o única, y que generalmente operan a través de lo que él denomina ordenamientos jurídicos complejos. En todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma es el poder originario, es decir, el poder más allá del cual no existe otro poder sobre el cual justificar el ordenamiento jurídico. El poder originario, una vez constituido, crea para sí mismo, nuevos centros de producción jurídica, atribuyendo a los órganos ejecutivos el poder de producir normas integradoras subordinadas a la legislación. Es decir, las fuentes del Derecho no solamente son los actos y los hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas, sino también los actos y hechos jurídicos de los cuales se hace depender la producción de normas que regulan el modo como se han de producir las reglas. En otros términos, el ordenamiento jurídico regula la propia producción normativa.

Esta última observación de Bobbio, permite superar otra concepción clásica, que entendía el Derecho simplemente como mandatos imperativos, imperativos de primera instancia en términos de Bobbio, reglas que fijaban mandatos de hacer o no hacer. El ordenamiento jurídico, al ser entendido como un ordenamiento complejo, incluye a más de los mandatos imperativos, las normas para la producción de otras normas, que Bobbio denomina imperativos de segunda instancia, entendidos como mandatos para ordenar, prescribir, mandar, fallar, etc.; que dan lugar a normas que ordenan mandar, normas que prohíben mandar, normas que permiten mandar, normas que ordenan prohibir, normas que prohíben

prohibir, normas que permiten prohibir, normas que Tanto los imperativos de primera instancia como los imperativos de segunda instancia están sometidos a la autoridad del poder originario, este hecho es precisamente lo que permite afirmar que el ordenamiento jurídico es un orden gradual y esencialmente unificado. Esta es la base teórica para predicar la unidad del ordenamiento jurídico, ordenan permitir, normas que prohíben permitir y normas que permiten permitir.

Es importante resaltar que la constitución colombiana en su artículo 230, señaló las fuentes formales del derecho en Colombia.

Artículo 230. “los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La Corte Constitucional en desarrollo de la norma citada tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia C-037 del 2000 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, oportunidad en que se dijo:

"(...) El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea (...) Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible (...) La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que establece su coherencia interna”.

Una interpretación literal del Artículo 230, permitiría sostener que en Colombia, la fuente principal y única del sistema normativo es la Ley y que todas las demás fuentes tienen un carácter simplemente auxiliar. Por ende, se predicaría la preponderancia absoluta de las fuentes acto. La Corte Constitucional sin embargo al interpretar el citado Artículo 230, particularmente en la Sentencia C-083 de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, entendió que el término “Ley” utilizado por la Carta, hacía relación a la concepción de “Ley en sentido material” y no al concepto de “Ley en sentido formal”, es decir, que debería ser pensada en su primera acepción, como sinónimo de Derecho. El sometimiento de las personas al imperio del Derecho, es un supuesto que ni siquiera tiene que estar explícito en el ordenamiento. La Constitución colombiana lo consagra en el Artículo 6°, del siguiente modo:

"Artículo 6.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"

Podemos señalar que hay una jurisprudencia que se consagra como fuente obligatoria, y la Corte aclara que es el Artículo 4° de la ley 169 de 1896, el que la erige en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado Artículo en su parte pertinente:

"Tres Decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de Derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos..."

La Doctrina en el régimen jurídico colombiano nunca ha sido entendida como fuente principal de Derecho, simplemente se la comprende como una fuente auxiliar que tiene un valor científico pues colabora en el entendimiento de la Ley de una forma sistemática, lógica y desinteresada. Busca esencialmente una

interpretación armónica e integradora del sistema jurídico. Sin embargo dicha fuente no ha sido expresamente reconocida como obligatoria.

En conclusión, debemos señalar que en el tema de fuentes formales internas de derecho debemos distinguir entre fuentes principales o directas y fuentes secundarias o supletorias. Las primeras, entendidas como aquellas que la conciencia jurídica preponderante ha reconocido como indispensables para crear el Derecho y resolver los conflictos de carácter jurídico. Son aquellas fuentes cercanas, que se encuentran más a la mano del operador jurídico y que éste no duda en aplicar si el caso lo permite. Las segundas, fuentes secundarias o supletorias, entendidas como aquellas que estando reconocidas como validas dentro del sistema, aparecen en forma latente o en potencia, y son utilizadas de vez en vez, pues para su aplicación y reconocimiento se exige un mayor esfuerzo interpretativo, o el caso en concreto que se resuelve no amerita recurrir a ellas para satisfacer las necesidades inmediatas del operador jurídico<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Documento: LA JERARQUÍA NORMATIVA Y SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO. William Jiménez Gil. [En Línea]  
<<http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf>>. [Consultado: Julio 17 de 2009].

### **3. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL**

#### **3.1. INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO – UNIDROIT**

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, con sede en Roma es un organismo internacional de carácter independiente. Fue fundado por la Sociedad de Naciones en 1926 y reconstruido en 1940 quedando abierto a todos los estados que acojan su estatuto como lo hizo Colombia mediante la Ley 32 de 1992.

Estos principios de UNIDROIT, para los contratos comerciales internacionales, “son el modelo a seguir para unificar toda la materia de contratos internacionales y han sido seguidos por las recopilaciones hechas en la CNUDMI, y en los formularios adoptados por la práctica internacional”<sup>20</sup>.

El objetivo de los principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas en todo el mundo, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas, condiciones económicas y políticas en países que se apliquen. A su vez ese objetivo se refleja en su presentación personal y en la política general que los inspira.

Estos principios buscan solucionar las diferencias con relación a la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, al establecer reglas generales aplicables a estos.

---

<sup>20</sup> RAVASSA MORENO, Gerardo. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. P. 114.

### **3.2. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - UNCITRAL – CNUDMI**

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (establecida en 1966) es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde su creación, ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelos y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que repercuten en el comercio internacional. La CNUDMI se reúne una vez al año, normalmente en verano, alternativamente en Nueva York y en Viena.

Los conceptos de "armonización" y "unificación" del derecho mercantil internacional se refieren al proceso por el cual se van creando y aprobando normas jurídicas que facilitan el comercio internacional. Éste puede verse obstaculizado por factores como la falta de previsibilidad de la ley aplicable o la pervivencia de leyes obsoletas, inadecuadas para la práctica comercial. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional señala esos problemas y busca detenidamente soluciones que sean aceptables para Estados de diferentes ordenamientos jurídicos y niveles de desarrollo económico y social.

Se entiende conceptualmente por "armonización" el proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas. La "unificación" puede considerarse como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales. Una ley modelo o una guía legislativa ejemplifica el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el derecho interno, mientras que una convención es un instrumento

internacional aprobado por los Estados para unificar el derecho a nivel internacional. Entre los textos preparados por la CNUDMI figuran convenciones, leyes modelo, guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos y notas prácticas. De hecho, ambos conceptos están estrechamente relacionados.

Los textos de la CNUDMI se inician, preparan y aprueban por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, órgano compuesto de 60 Estados miembros elegidos que representan diversas regiones geográficas. Los participantes en el proceso de elaboración incluyen los Estados miembros de la Comisión y otros Estados (denominados "Estados observadores"), así como organizaciones internacionales interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales.

Al igual que la mayoría de los órganos subsidiarios de la Asamblea General, integrada por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, la CNUDMI está integrada por un número más reducido de Estados, a fin de facilitar sus deliberaciones. En su origen, estaba integrada por 29 Estados; ese número se elevó a 36 en 1973, y a 60 en 2004. Esa composición es representativa de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años, y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años. En la Comisión están representados cinco grupos regionales: Estados de África; Estados de América Latina y el Caribe; Estados de Asia; Estados de Europa Occidental; Estados de Europa Oriental y otros Estados.

De conformidad con su mandato (párrafo 9 de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966), la CNUDMI tendrá presentes en su labor "los intereses de todos los pueblos, particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional". Los miembros de la Comisión representan las diversas regiones geográficas y son elegidos por la

Asamblea General "teniendo debidamente en cuenta la adecuada representación de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo y de los países desarrollados y en desarrollo".

Los países en desarrollo desempeñan un papel activo en la preparación y aprobación de los textos de la CNUDMI. El compromiso de la Comisión y de la Secretaría de impartir formación y prestar asistencia técnica a esos países data de largo tiempo y se ha mantenido constante. La Asamblea General ha expresado también su firme apoyo a esa labor. Por ejemplo, en su resolución 55/151, de 12 de diciembre de 2000, titulada "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", "... reafirma también la importancia que reviste, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional, como la asistencia en la preparación de legislación nacional basada en los textos jurídicos de la Comisión".

La CNUDMI es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Secretaría de la CNUDMI es la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. En cambio, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización intergubernamental, independiente de las Naciones Unidas.

La OMC y la CNUDMI se ocupan de cuestiones diferentes. La OMC trata de cuestiones de política comercial, como la liberalización del comercio, la eliminación de los obstáculos al comercio, las prácticas comerciales desleales y otras cuestiones afines, mientras que la CNUDMI se ocupa del derecho aplicable a las operaciones mercantiles internacionales entre particulares. Por consiguiente, no se ocupa de los problemas que se plantean y resuelven entre Estados, como el *antidumping*, los derechos compensatorios o los cupos de importación.

La CNUDMI adopta normalmente sus decisiones por consenso y no por votación. La base del consenso es realizar esfuerzos por atender a todas las preocupaciones, de modo que el texto definitivo resulte aceptable para todos<sup>21</sup>.

### **3.3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC**

La Organización Mundial del Comercio conocida como OMC fue establecida en 1995, es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

la OMC administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros, en concreto el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (*GATT* en inglés), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*GATS* en inglés) y el Acuerdo sobre Comercio de Propiedad Intelectual (*TRIPS* en inglés). Además de esta función principal, la OMC es un foro de negociaciones comerciales multilaterales; administra los procedimientos de solución de diferencias comerciales (disputas entre países); supervisa las políticas comerciales y coopera con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con el objetivo de lograr una mayor coherencia entre la política económica y comercial a escala mundial.

Teóricamente el libre comercio no figura entre sus objetivos, aunque en la práctica, la OMC es un foro donde los Estados miembros buscan acuerdos para la reducción de ciertos aranceles (liberalización), y donde se resuelve cualquier

---

<sup>21</sup> UNCITRAL. [En Línea] <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>>. [Consultado: Marzo 24 de 2009].

disputa comercial que pudiera surgir entre sus miembros con respecto a los acuerdos alcanzados.

Como se ha dicho, la OMC fue creada el 1 de enero de 1995, sustituyendo al *GATT*, en la ciudad de Ginebra, Suiza, donde aún mantiene su sede. Desde su creación, el *GATT* fue explícitamente concebido como un acuerdo temporal que posteriormente formaría parte de la OIC. Debido a que carecía de una estructura institucional, se decidió crear la OMC para suplir estas deficiencias.

En general, se puede decir que la OMC es:

Un mecanismo para el intercambio de compromisos en materia de política comercial.

Un código de conducta: una serie de compromisos legales específicos que regulan las políticas comerciales de los Estados miembros.

En cuanto al segundo punto, este código de conducta emerge de un proceso de negociación que incluye (a pesar de no estar limitado a) una serie de compromisos legales para reducir las barreras al comercio. Así pues, estos compromisos se encuentran estipulados en los distintos acuerdos alcanzados: *GATT*, *GATS* y *TRIPS*. La OMC constituye un marco o estructura de normas y disciplinas para las políticas relacionadas con el comercio, es decir, que la OMC como organización no define ni especifica el resultado de las rondas de negociación, sino que este resultado depende de los acuerdos alcanzados por los Estados miembros dentro de dicha estructura.

Para entender exactamente en qué consiste dicho código de conducta, se considera que existen cinco principios o dimensiones de la OMC que son de particular interés para entender su funcionamiento. Estos cinco principios configuran la base legal sobre la que los Estados miembros pueden llegar a acuerdos, sin que estos acuerdos puedan violar ninguno de estos principios (es a

estos principios a los que nos referíamos al decir que la OMC es un marco o estructura de normas):

La no discriminación.

La reciprocidad.

El principio de acuerdos vinculantes.

La transparencia.

Determinadas excepciones (*safety valves*).

La no discriminación: El principio de no discriminación tiene a su vez dos componentes:

La norma de la Nación Más Favorecida (NMF) (*Most Favoured Nation, MFN*) y

El principio de trato nacional (*National Treatment*).

La norma de la Nación Más Favorecida (NMF) requiere que un producto producido en un Estado miembro sea tratado de forma no menos favorecida que un producto similar originario de cualquier otro país.

La norma de la NMF se aplica incondicionalmente, a pesar de que existen excepciones. Las tres excepciones más importantes son:

Las Zonas de Libre Comercio (*Free Trade Area*) que son acuerdos entre países por los cuales a las exportaciones se les deja de imponer arancel alguno (un ejemplo es el TLC entre EEUU, México y Canadá).

Las Uniones Aduaneras (*Custom Union*) que son zonas de libre comercio pero donde los países no sólo dejan de imponer aranceles a las exportaciones entre éstos sino que además adoptan aranceles comunes para las importaciones de países terceros (el ejemplo más conocido es la UE).

Los acuerdos de trato preferencial que son acuerdos entre países industrializados y en desarrollo por los cuales los primeros dan un trato arancelario preferencial (es decir, aranceles inferiores) a los segundos.

El principio de trato nacional requiere que, una vez los productos extranjeros hayan satisfecho cualesquiera requisitos nacionales necesarios para poder ser importados, sean tratados de manera no menos favorecedora que productos similares o competitivos nacionales.

El objetivo del principio de trato nacional es que de igual forma, los compromisos de reducción de aranceles, no sean contrarrestados mediante el uso de impuestos o medidas similares. La obligación se aplica siempre, se haya alcanzado o no un compromiso en materia de aranceles, y cubre todas las políticas. En el principio de trato nacional es irrelevante hasta qué punto se le produce un daño económico al exportador extranjero mediante una ley o norma nacional, lo que importa es si esta ley discrimina entre productores nacionales y extranjeros.

El principio de reciprocidad El principio de reciprocidad se aplica en el momento en que existen negociaciones para la entrada de un nuevo miembro a la OMC. Cuando un país quiere formar parte de la OMC el resto de Estados miembros están obligados a garantizar las tarifas acordadas al resto de Estados miembros, tal y como se ha descrito más arriba.

El objetivo del principio de reciprocidad es impedir el *free riding*. Es decir, que un país con tarifas elevadas que quiera entrar a formar parte de la OMC, se beneficie de unas tarifas bajas en todos los miembros de la OMC para sus productos y el país pueda seguir imponiendo tarifas elevadas para los productos de los miembros de la OMC.

Solución de Conflictos: La OMC es una de las pocas organizaciones internacionales que dispone de un órgano de solución de diferencias. Se trata de

un sistema muy similar al Derecho de la UE. Los compromisos de reducción de tarifas se enumeran en listas de concesiones

Si un país considera que las acciones llevadas a cabo por otro miembro tienen como efecto anular o perjudicar las negociaciones de acceso al mercado o cualquiera de las normas de la OMC, puede pedirle al gobierno de dicho miembro que cambie estas normas o le permita un mayor acceso a su mercado (reducción de tarifas) en otros productos que al país interesen. Si no se llega a un acuerdo, el país puede iniciar una acción legal contra el miembro mediante la solución de diferencias de la OMC. Esto implica la constitución de un panel de expertos encargados de determinar si la medida del miembro contestada por el país viola los acuerdos de la OMC. Puesto que la OMC es un acuerdo intergubernamental (entre países), solamente los gobiernos tienen derecho a llevar un caso ante un panel.

Es muy importante entender como funciona el sistema de solución de diferencias para entender el funcionamiento de la OMC en sí. La OMC no puede obligar a un país a reducir sus tarifas puesto que no dispone de poder coercitivo (no dispone de policía) que puedan hacer cumplir las decisiones de los panels. En cambio, cuando un país acusa a otro de llevar a cabo acciones que perjudican su acceso al mercado y que son contrarias a las normas de la OMC, el panel, de la misma forma que haría un tribunal, decide si las normas de la OMC fueron violadas o no. Si considera que no ha habido violación alguna, se mantiene el status quo. Si en cambio considera que sí hubo violación, entonces autoriza al país afectado por tal violación a tomar medidas unilaterales en represalia. El país afectado puede iniciar medidas de represalia, es decir, una subida en las tarifas aplicadas a los productos del otro miembro que equivalga al daño económico que este miembro le causó.

Se deben de tener en cuenta diversos aspectos de este sistema de solución de diferencias. Aunque el sistema de solución de diferencias impide la represalia unilateral de un país (puesto que antes debe pasar el juicio del panel), la capacidad real de un país de responder a una acción de otro miembro que reduzca el acceso a su mercado depende de las características económicas de los países que se enfrenten. Esto es particularmente importante para países con una economía pequeña puesto que, dadas sus características, las medidas de represalia pueden ser poco efectivas o creíbles, incentivando así a que se infrinjan las normas contra los intereses de estos países.

Los principios de no discriminación, reciprocidad y la solución de diferencias tienen como objetivo conjunto asegurar el tercero de los cinco principios de la OMC, el principio de acuerdos vinculantes, puesto que aseguran el cumplimiento de los compromisos alcanzados en el seno de la OMC.

La transparencia: Una precondition para la aplicación de los acuerdos es la información sobre los regimenes comerciales. La transparencia es una obligación legal, incluida en el Artículo X *GATT*, Artículo III del *GATS* y Artículo 63 *TRIPS*. Los miembros están obligados a publicar sus normas en materia de comercio, a establecer y mantener instituciones permitiendo la revisión de las decisiones administrativas que puedan afectar al comercio, a responder a las demandas de información por parte de otros miembros, y a notificar a la OMC cualquier cambio en la política comercial.

Las excepciones: En la OMC no existen excepciones ad hoc: si un miembro quiere desviarse de sus compromisos, debe invocar la excepción apropiada o renegociar sus compromisos.

En cualquier caso, existen bastantes provisiones en los acuerdos admitiendo excepciones a las obligaciones básicas (límites tarifarios, prohibición de restricciones cuantitativas, no discriminación, etc.).

A diferencia de otros organismos multilaterales como el Banco Mundial o el FMI, funciona bajo la máxima de un país, un voto. Las decisiones se toman por consenso: cualquier acuerdo que se alcance en las negociaciones debe ser mediante el consenso “explícito” de todas las partes, de tal forma que cualquier país puede, en teoría, bloquear un acuerdo. A pesar de la apariencia democrática de este proceso de toma de decisiones, alrededor del mismo se despliegan una serie de mecanismos y presiones que convierten la OMC en una institución totalmente antidemocrática.

La OMC, al igual que el *GATT*, funciona a través de Rondas de Negociación. En cada Ronda se plantean una serie de sectores y subsectores a liberalizar, así como otras cuestiones de funcionamiento e implementación de los acuerdos. A lo largo de las diferentes Rondas (que acostumbran a durar años), la OMC convoca lo que llama Conferencias Ministeriales, donde se toman efectivamente los acuerdos.

Entre conferencia y conferencia se realizan reuniones de trabajo de las diversas comisiones que van limando las diferencias sobre los temas que hay que negociar. A lo largo de la historia del *GATT* ha habido ocho Rondas de Negociación, y actualmente estamos en medio de la primera Ronda de Negociaciones desde que se creó la OMC, la cínicamente llamada “Ronda del Desarrollo”. Esta Ronda fue iniciada en la Conferencia Ministerial de Doha, en 2001<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Organización Mundial del Comercio. [En Línea] <<http://www.wto.org/indexsp.htm>> [Consultado: Marzo 13 de 2009].

### **3.4. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL CCI - ICC**

La Cámara de Comercio Internacional es la única organización empresarial que representa mundialmente los intereses empresariales. Se constituyó en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa. Tiene personalidad propia y su naturaleza jurídica es asociativa.

Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países.

Los miembros de la CCI son empresas que efectúan transacciones internacionales y también organizaciones empresariales. En la actualidad las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en cerca de 80 de ellos.

El Comité Español de la CCI se constituyó en 1922, a iniciativa de empresarios barceloneses y nunca ha dejado de actuar. Como asociación formalmente constituida, tiene personalidad propia. Actualmente su sede estatutaria radica en Madrid y su secretaría es operativa en Barcelona.

Un año después de la creación de las Naciones Unidas, la CCI obtuvo el rango de organismo consultivo del más alto nivel ante la ONU y sus agencias especializadas. Es también ente consultivo privilegiado de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, OCDE, Comisión Europea, etc. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita "ad hoc" al primer ministro del Estado anfitrión.

Dentro de su actividad creando instrumentos que faciliten el comercio y las inversiones internacionales destacan la Corte Internacional de Arbitraje, la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (*Incoterms*, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de prácticas legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el comercio electrónico, etc.)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Cámara de Comercio Internacional CCI. [En Línea] <<http://www.iccspain.org/>> [Consultado marzo 13 de 2009].

## 4. EL CONTRATO INTERNACIONAL

Es usual encontrar en la contratación internacional y para el perfeccionamiento de un contrato, una fase precontractual, sin descartar que puede darse un contrato verbal entre ausentes, sin embargo para los fines académicos del presente trabajo, se hace necesario que las partes intervinientes negocien y determinen convenientemente sus objetivos buscando equilibrio entre sus derechos y obligaciones, en una etapa previa al perfeccionamiento del contrato internacional. La negociación contractual pasa generalmente por unas etapas, que llevarán al intercambio final del consentimiento, oferta y aceptación y el contrato sin ser obligatorias. Podemos señalar entonces las fases que a continuación se exponen.

### 4.1. FASE PRECONTRACTUAL

También los ha denominado la doctrina como “tratos preliminares”, o “fase preparatoria”.

En el tráfico mercantil internacional muchos contratos se redactan y concluyen con simpleza. Sin embargo, la complejidad de ciertos tipos de contratos hace necesaria que exista una preparación previa a la elaboración del documento definitivo que habrá de ser ley entre las partes.

En ocasiones las partes intercambian información y documentos durante la fase negociadora previa a la firma del contrato. Es habitual utilizar las denominadas “cartas de intención” o “pactos entre caballeros” (*gentlemen’s agreements*), las cuales pueden incluir multitud de consideraciones de las que se deriven obligaciones para las partes. Para que no haya lugar a malos entendidos, debe señalarse

expresamente que se trata de un deseo de negociar sin más, es decir, que no hay una promesa de concluir el contrato.

Es importante señalar desde ya, que cuando alguna de las partes actúe de mala fe, podrá incurrir en responsabilidad por los daños causados a la otra durante esta fase.

#### **4.1.1. Acuerdo de confidencialidad**

Tradicionalmente el concepto de confidencialidad que manejaban las empresas estaba vinculado directamente con el contenido de los contratos comerciales que celebraban, así como con su listado de precios y clientes.

La fuerte competitividad que presenta la industria; sus nuevas modalidades de acuerdos ínter empresariales consistentes en fusiones, *join venture*, escisiones, “*partners*”, etc., y fundamentalmente el nuevo encare en cuanto a la satisfacción de los requerimiento de los clientes, revolucionó en esta última década las prácticas empresariales tradicionales.

Cada empresa deberá adoptar una o mas medidas que le proporcionen seguridad para proteger sus activos –sean estos tangibles o no- con la finalidad de beneficiarse ella o a sus clientes. Esta garantía a los terceros, muchas veces se convierte en un factor diferencial de sus productos respecto al de sus competidores, pues cada vez mas los clientes buscan empresas serias que les garanticen de la mejor manera posible que la información que conocen de ellos estará bien utilizada y protegida.

Como una primera definición básica sobre este aspecto, cabe afirmar que en atención a los contenidos de nuestro ordenamiento jurídico -ya sea en lo que tiene

que ver con las disposiciones normativas y los fallos judiciales y administrativos- la forma más efectiva de reforzar la protección es la vía contractual. La empresa debe asegurarse que tanto su personal dependiente, las empresas que subcontrata y aquellos a quienes confía determinada información, se encuentran específicamente obligados con ella respecto a guardar reserva sobre la información que conocen. Todo ello sin perjuicio de la normativa general que pueda existir en base al concepto de “buena fe” contractual.

Y esta protección no se limita solo a derechos de autor, patentes, marcas, logotipos, etc. sino que abarca también a las técnicas, metodologías y procedimientos –incluso de marketing- que la empresa emplea y que pone a disposición de sus clientes.

Desde el punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española dice que confidencialidad viene de “confidencia” y significa “lo que se hace o dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.

Lo que se tiende a asegurar es la confidencialidad de los datos que el usuario proporciona, los cuales no serán transmitidos ni difundidos a terceros sin conocimiento y autorización del titular. Es cierto sí que en muchas ocasiones esos datos son realmente pertenecientes a la esfera privada del individuo y allí coinciden los conceptos de confidencialidad y privacidad, pero ello no siempre ocurre de esa manera.

Como alcance de los “Acuerdos de no divulgación” y algunas de sus cláusulas de este tipo, podemos mencionar las siguientes<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> VARGAS COYTINHO, Fernando. Documento: LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD. Newsletter. El Derecho Digital Uruguayo. [En Línea]. <<http://www.cuti.org.uy/Portals/0/Acuerdos%20de%20Confidencialidad.pdf>> [Consultado: Julio 15 de 2009].

- Como las partes se proponen asociarse o mantener una estrecha relación comercial estable, uno de ellos –o ambos, recíprocamente- se comprometerán a tratar todos los datos y la información que reciban en forma confidencial
- Quien la recibe se comprometerá a no divulgarla, a no usarla para un fin distinto para el que fue entregada y a protegerla como protege su propia información confidencial.
- Solo podrá poner en conocimiento de esa información confidencial a sus empleados y contratistas independientes que la necesiten para el trabajo específico.
- Suele preverse que si la empresa en poder de la información recibe una citación administrativa o judicial solicitándole la información confidencial de la otra parte, se compromete a notificar a la empresa antes de entregar la misma.
- La información que se proporciona no da derecho o licencia a la empresa que la recibe sobre las marcas, derechos de autor o patentes que pertenezcan a quien la proporciona
- Es conveniente que se defina específicamente a que persona jurídica se entrega la documentación, o sea si es sólo a la contratante o el acuerdo también alcanza a sus sucursales, afiliados, subsidiarias o entidades controladas o controladoras de la misma.
- Se puede pactar una cláusula de indemnidad a favor de quien entrega la información para el caso de que la otra parte incurra en responsabilidad frente a terceros por divulgación o mal uso de la misma.

- En el mismo sentido se establece la reparación económica –multa y/o daños y perjuicios- que sufrirá quien viole la confidencialidad de la información, así como los tribunales competentes y la legislación aplicable para esos casos.

#### **4.1.2. Carta de intención**

Debemos señalar que en el comercio, cuando se ponen en marcha una serie de transacciones y negocios, las partes deben asumir posiciones respecto de ese contrato.

El conjunto de de pactos que contienen los derechos y las obligaciones de cada parte, se enmarcan en el contrato. Previo a ese contrato debieron existir cruces de informaciones comerciales, financieras y hasta tecnológicas. Documentos de carácter preliminar como la factura pro forma, precontrato, promesa unilateral de ventas o simples CARTA DE INTENCIONES, esto es, manifestar la intención de celebrar un contrato (no más que esto), existe entonces la intención de celebrar un contrato. Las cartas de intención pueden o no darse en un proceso de negociación internacional. En el derecho anglosajón “*common law*”, se considera como generadora de responsabilidad pre-contractual.

Lo anterior, porque en todo contrato conviene conocer cuales son sus etapas hasta que, por voluntad de las partes y previa negociación de sus condiciones recíproca, entra en vigor obligando a las partes a su cumplimiento.

#### **4.1.3. Memorando de entendimiento**

En derecho internacional público, un memorando de entendimiento es un instrumento internacional de carácter menos formal. El memorando de

entendimiento típico reviste la forma de un instrumento aislado; no requiere ratificación y es concertado entre estados u organizaciones internacionales.

En derecho internacional privado, se asemeja a una promesa de contrato que contiene los derechos y las obligaciones de las partes. Contienen pues lo esencial del contrato, y queda por estipular lo accidental del mismo. Genera responsabilidad pre-contractual y puede o no darse en un proceso de negociación.

#### **4.1.4. Intercambio final del consentimiento**

La ley de comercio electrónico la 527 de 1999 se declara a favor de la autonomía de la voluntad y establece el carácter dispositivo de sus normas que, en esta parte (Parte I, Capítulo III) que toca con el tema de la oferta, pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, el resto de la ley es de naturaleza imperativa.

La ley 527 es de carácter general así que sus disposiciones se aplican a todos los contratos que se formen mediante la conjunción de la oferta y la aceptación. Los principios del UNIDROIT son de aplicación también generalizada cuando definen el modo de formación de un contrato, que también está señalado en la ley 518 de 1999 por la que se acoge la Convención de Viena de 1980 que fue impulsada por UNCITRAL.

Los principios de UNIDROIT (art. 2.1) referente al tema de la formación del contrato consagran que “todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrarla existencia del mismo”.

Igualmente consagra al respecto la ley 518 de 1999 (la Convención de Viena) en su artículo 23.: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente convención”.

#### **4.1.5. Formación y validez de la fase precontractual y el contrato**

La ley 527 de 1999 en el art. 14 establece: **Formación y validez de los contratos.** En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

Para que algo sea considerado una oferta debe contener los requisitos jurídicos que se exigen para ello.

El Código de Comercio Colombiano en el artículo 845 define la oferta en el siguiente sentido:

“la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio jurídico y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario”.

Los principios del UNIDROIT determinan:

Art. 2.2. Definición de oferta. “toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación”.

En la convención de Viena (ley 518/99) la definición de oferta añade peculiaridades de la oferta en el contrato de compraventa:

Artículo 14. “1. la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

La convención a diferencia del principio de UNIDROIT exige que la oferta se dirija a una o a varias personas determinadas, no siendo así carece de investidura de oferta y se considera simplemente como invitación a hacer ofertas, salvo indicación en contrario.

También se debe tener en cuenta que la ley 518 y los principio UNIDROIT nos indican que la oferta debe ser precisa y expresar la intención del oferente de quedar obligado; aclarando la ley 518, que se considera precisa la oferta que señala las mercaderías y, expresa o tácitamente la cantidad y precio, o prevé un medio para determinarlos.

Es común que en el comercio entre países, la oferta no indique el precio ni la forma de determinarlo. En tal caso la convención de Viena dispone en el artículo 55 que se tenga en cuenta “el precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato”, y como parte de este artículo del supuesto que el contrato haya sido validamente celebrado, significa que hay contrato ya establecido a pesar de que la oferta no señalaba el precio o incluso sin oferta.

En cuanto a la intención de quedar obligado el oferente en caso de aceptación es necesario acudir al artículo 8 de la ley 518 de 1999 que dispone: “1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cual era esa intención.

2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

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

La oferta debe ser firme, esto es, no debe llevar reservas, salvo aquellas generales que sean compatibles con la precisión de la oferta, como cuando se dice que no se puede suministrar más de una cantidad determinada. De lo contrario habría una invitación a hacer ofertas.

La oferta, por último debe ser inequívoca; es decir que el oferente no envíe varias ofertas a la vez con contenido divergente en puntos esenciales.

La oferta puede provenir de cualquiera de los futuros contratantes y la otra parte debe manifestar la aceptación correspondiente según su caso; y ambas deben ser debidamente comunicadas.

Para el problema de la comunicación existen tres sistemas que intentan ponerle solución. El primero es el sistema de expedición que considera válida la oferta

desde el momento en que se envía. El segundo es el sistema de la recepción que sujeta la validez de la oferta al momento en que el destinatario la conoce. Y el tercer sistema es un sistema intermedio que es el de la comunicación, que implica que la oferta se considera válida desde el momento en que llega al buzón de correo, al establecimiento o residencia del destinatario, independiente de lo que se demore en leer o conocer el contenido de la oferta. Este sistema de comunicación es el acogido por los principios del UNIDROIT y la Convención de Viena (ley 518 de 1999)

Es importante igualmente aclarar que nuestro Código de Comercio se inclina por la irrevocabilidad de la Oferta, así queda establecido en el artículo 846. Pero los principios del UNIDROIT y la Convención de Viena consagran en principio la revocabilidad de la misma. Decimos en principio pues se establecen unas excepciones que en la práctica son la regla general.

Ley 518/1999 Artículo 16: “1. La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

- a. Si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o
- b. Si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado basándose en esa oferta.

Se debe aclarar que la oferta puede retirarse antes de que llegue al destinatario y en eso también coinciden los Principios del UNIDROIT y La Convención de Viena de 1980. Esto se sustenta en el hecho que el destinatario no conoce la oferta, con tal que conozca el retiro antes de la oferta misma.

La oferta caduca por el transcurso del plazo en ella señalado y se extingue cuando el destinatario la rechaza.

En el tema de la aceptación debemos decir que la misma es una declaración o un acto por medio del cual se expresa la conformidad con los términos de una oferta o propuesta.

Nuestro código de comercio en el artículo 850 consagra: “la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo a la propuesta verbal entre presentes”. E igualmente en el artículo 851: “cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”.

La convención establece que la aceptación debe llegar al oferente en el término señalado en la oferta y si no hay término señalado en un plazo razonable.

Sobre la aceptación los principios del UNIDROIT consagran en el artículo 2.6. “Modos de aceptación. 1. Constituirá aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por si solos implican aceptación.

2. La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente.

3. No obstante, si en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su

asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, la aceptación producirá efectos cuando dicho acto fuere ejecutado.

Artículo 2.7 “Cuándo produce efectos la aceptación. La oferta deberá ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluida la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente. Una oferta verbal tendrá que aceptarse inmediatamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa”.

Artículo 2.8 “Aceptación dentro de un plazo fijo. 1. El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su transmisión o desde la fecha indicada en la carta, o, si esta no indica ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación por medio de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

2. los días feriados o no laborales que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación no se incluirán para el cómputo de dicho plazo. Sin embargo, si la comunicación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, debido a que dicho día es feriado oficial o no laborable en el lugar de establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente”.

También hay que decir que la oferta puede ser aceptada expresa o tácitamente.

La aceptación tácita no consiste en una declaración de voluntad. La voluntad se manifiesta a través de un acto, tal como un comportamiento concluyente, expresivo de voluntad de aceptar. Esta forma de aceptar no requiere

comunicación alguna al oferente. Es de aclarar que el silencio no implica aceptación.

Tema distinto es la aceptación condicionada y la aceptación tardía o extemporánea.

Nuestro código de comercio en el artículo 855 consagra que “la aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta”. La doctrina moderna internacional consagra la necesidad entonces, de distinguir entre las condiciones que alteran los elementos esenciales o naturales del contrato de aquellas que solo afecten a los elementos accidentales. Así lo consagra la Convención:

Artículo 19: “1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

La inclusión de elementos accidentales no altera la formación del contrato y el oferente quedará obligado por el mismo a menos que, verbalmente o por comunicación efectuada sin demora, objete la discrepancia.

Los principios del UNIDROIT consagran en el artículo 2.11. Aceptación modificativa de la oferta. “1. La respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. No obstante, la respuesta a una oferta que, pretendiendo ser una aceptación contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación”.

Sobre la aceptación tardía señalan los Principios de la UNIDROIT:

Artículo 2.9 Aceptación tardía. Demora en la transmisión. “1. No obstante, la aceptación tardía producirá efectos si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2. Si la carta o cualquier otro escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación tardía surtirá sus efectos como aceptación a menos que, el oferente informe al destinatario sin demora injustificada que para él la oferta ya había caducado”.

Al respecto la Convención consagra:

Artículo 21. “La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2. Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido”.

La aceptación puede ser objeto de retiro según dispone la Convención de Viena en su artículo 22 y los principios de UNIDROIT en el artículo 2.10., antes que la comunicación de retiro llegue al oferente que la aceptación o esta haya surtido efecto.

La oferta y la aceptación debidamente realizadas perfeccionan el negocio jurídico de que se trate.

El lugar de la celebración del contrato se sitúa en el que corresponde a la residencia del oferente<sup>25</sup>.

#### **4.1.6. Responsabilidad precontractual**

Para este tipo de responsabilidad, se ha generado el principio de la *culpa in contrahendo*, atribuido a Ihering, de forma tal que quien genera daños en virtud de

---

<sup>25</sup> RAVASSA MORENO, Gerardo José. “Derecho Mercantil Internacional: Principios y Normas”. 2 ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. P. 579

las negociaciones preliminares, será obligado a repararlos<sup>26</sup>. Ihering pensó en el caso en que el contrato fuere declarado nulo, y como consecuencia de ello, además de la declaración de nulidad podría "...con apoyo en el propio contrato, exigirse una reparación por los daños sufridos". Igualmente se atribuye a Saleilles haber formulado como un deber derivado de la buena fe, el no terminar las negociaciones de manera arbitraria e indemnizar los perjuicios causados cuando ello ocurriera.

En principio, y sobre el análisis de Ihering, la *culpa in contrahendo* fue pensada para la etapa que surge a partir de la oferta, considerándose que la responsabilidad debía ser considerada como contractual, pues no cabía dentro de la Lex Aquilia. Posteriormente se atribuye al italiano Gabrielle Faggella haber sostenido que la responsabilidad precontractual abarcaría todo el período anterior al perfeccionamiento del contrato, incluyendo los tratos preliminares y no tan solo a partir de la oferta.

Se debe indicar, siguiendo a Díez Picazo, que dentro de los supuestos que originan la precontractual, cabe la que se origina en el evento en que el contrato celebrado sea declarado nulo posteriormente; "...cuando se ha alcanzado entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley, de la voluntad de las propias partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de las partes desiste del contrato"; cuando "...las negociaciones fueron iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún momento, sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibilidades de negociaciones"; "...las hipótesis

---

<sup>26</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, T. 1, INTRODUCCIÓN TEORÍA DEL CONTRATO, 6ª edición. Madrid: Thomson Civitas, 2007. P. 314 y 315.

de daños personales o accidentes sufridos en el momento de los tratos” y además “...la ruptura de las negociaciones iniciadas y perseguidas de buena fe...”<sup>27</sup>.

En Colombia, puede afirmarse que es el artículo 863 del Código de Comercio el que introduce la *culpa in contrahendo*, al establecer la norma que la buena fe deberá observarse en la etapa precontractual, la cual abarcaría desde los tratos preliminares, pasando por la oferta y hasta antes de perfeccionarse el contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad derivada de la mala fe en las negociaciones precontractuales, la doctrina se encuentra dividida: algunos acudiendo a uno de los clásicos criterios estructurados a efectos de diferenciar la responsabilidad contractual con la extracontractual, cual es el momento de surgimiento del contrato, expresan que mientras no haya nacido el mismo, todo daño que se cause deberá ser reparado por las vías de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual. Otros, por el contrario, piensan que el deber de actuar de buena fe en este período se puede equiparar a obligaciones específicas y, por tanto, la responsabilidad originada es contractual<sup>28</sup>.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha manifestado que como en esta etapa no están las partes vinculadas por lazo jurídico alguno, “...la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual”<sup>29</sup>. Corresponde al criterio adoptado por muchos, según el cual, la

---

<sup>27</sup> DÍEZ - PICAZO, ob. cit. P. 320.

<sup>28</sup> MONATERI, GIUSEPPPE, “LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO”. 2ª ed. Lima: Leysser L. León, 2004. P.525.

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 28 de junio de 1989, Sala de Casación Civil, M.P. Rafael Romero Sierra. Bogotá: Legis. P. 598.

responsabilidad contractual solo nace del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado.

De todas formas, debe concluirse que la responsabilidad precontractual no es un tema regulado expresamente por la Convención de Viena, por lo tanto, deberá encontrarse el derecho que resulte aplicable de acuerdo con las normas de conflicto.

Adicionalmente, en caso de “contractualización” de las negociaciones preliminares, es decir, en el evento en el cual las partes decidieren suscribir acuerdos donde además por escrito, o como suelen llamarse, celebrando “acuerdos de intención”, se comprometen a cualquiera de los denominados “deberes secundarios”, su incumplimiento no cabe duda, generaría sin discusiones una responsabilidad de tipo contractual.

Generalmente se afirma que los daños indemnizables en la etapa precontractual compensan el interés negativo, por oposición al positivo, que se reconoce por el incumplimiento del contrato.

Existe una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante. Es unánime la aceptación del daño emergente, que cubre los gastos ocasionados con ocasión de las tratativas frustradas. No obstante, se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra. No se encuentran razones para su exclusión, dado que nada impide la indemnización de las ganancias que se habrían obtenido con la ejecución del contrato frustrado. De todas formas, lo que se propone considerar es que cabría la indemnización del interés positivo, solo en los eventos de irrupción de ofertas que no obstante ser irrevocables, son incumplidas por el oferente.

Sobre los daños indemnizables en sede precontractual, ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

“Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados –, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama “interés negativo o de confianza”, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría, ... por el primero de aquellos conceptos –daño emergente – el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada (pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto) sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso –v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto – que le habría reportado ventaja”<sup>30</sup>.

Por otro lado, e independientemente de lo anterior, puede considerarse que hay casos en los cuales, por violarse deberes precontractuales –como el de

---

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. P. 289.

información –, se genere una indemnización de tipo contractual, como es el caso del vendedor que conocía o debió conocer los vicios redhibitorios y no los declaró al momento de perfección del contrato, como indica el artículo 1918 del Código Civil.

En los Principios de Unidroit se reconoce expresamente la responsabilidad en la etapa pre-contractual, al señalar el numeral 2º del artículo 2.1.15: “Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”.

En materia de indemnización del interés negativo, por violación del deber de confidencialidad, tanto en los Principios de Unidroit (art. 2.1.16) como en los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece que además de aquella indemnización, la misma podrá incluir “una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”. Se trataría de “...una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados”<sup>31</sup>. Adicionalmente, en el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe, solo incluye en interés negativo: “Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido (...); el trabajo realizado (...) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (...). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> DÍEZ - PICAZO, Roca - Trías, Morales, ob. cit. P. 200.

<sup>32</sup> LANDO, OLE; Beale. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, PARTES I Y II. Madrid: Hugh, 2003. P. 268.

## **4.2. DEFINICIÓN DE CONTRATO INTERNACIONAL**

Para que un contrato pueda ser calificado como internacional deben verse implicados elementos de legalidad o derecho de dos o más Estados, existiendo el paso de un mercancía por una o varias fronteras y que sea del interés del derecho internacional. A tales efectos se utilizan diferentes argumentos: la nacionalidad de las partes, la naturaleza de las negociaciones de la transacción, la materia objeto de la relación. Por lo tanto, debe subrayarse que un contrato internacional tiene punto de conexión con varios países.

Como definición general podemos sostener que el contrato internacional es aquel acuerdo de voluntades suscrito entre dos o más partes, con domicilio en Estados diferentes, tendentes a la realización de una operación comercial<sup>33</sup>.

## **4.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO INTERNACIONAL**

### **4.3.1. Capacidad**

El Convenio de Roma en su artículo 11, que habla de incapacidad, incluye la llamada excepción del interés nacional:

Artículo 11. Incapacidad. “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su capacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera

---

<sup>33</sup> CABELLO GONZALEZ, José Miguel. “CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. GUÍA PRÁCTICA”. Madrid: ESIC, 2000. P. 21.

conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte”.

Podríamos admitir que el fin de la norma es proteger la ley nacional en materia de capacidad para las contrataciones que se efectúen dentro del estado e incluso la ley nacional que hayan elegido las partes, en cuyo caso el nombre no es del todo incorrecto.

De todas formas, el fundamento actual del artículo 11 toma en consideración aspectos tales como el “Estado, mayoría o capacidad aparente del extranjero, el enriquecimiento injusto, la necesidad de prevenir y evitar fraudes la ignorancia excusable de la ley extranjera, la buena fe del que contrata con el incapaz o, simplemente, la protección de la seguridad en el tráfico”<sup>34</sup>.

La aplicación de la excepción de interés nacional exige:

- A. Que la partes se encuentren en el mismo país
- B. Que se trate de personas físicas
- C. Que las partes gocen de capacidad según la ley del foro
- D. Que la parte capaz no haya conocido ni debido conocer la incapacidad de la otra.

En materia de prueba la doctrina mayoritaria sostiene que la carga de la misma ha de recaer en quien alega su propia incapacidad como causa de invalidez del contrato, debiendo demostrar que la otra parte la conocía o que la ignoraba con imprudencia.

---

<sup>34</sup> CALVO CARAVACCA, Alfonso; FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luís; “CONTRATOS INTERNACIONALES”, Madrid: TECNOS, 1997. P. 550.

### **4.3.2. Consentimiento**

En el Convenio de Roma en su artículo 8 se consagra el consentimiento y la validez de fondo de la siguiente manera: “1. la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente convenio si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente”.

En la Convención de México se consagra en el artículo 12: “la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta convención de acuerdo con los términos de su capítulo segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual del establecimiento de dicha parte”.

Resulta lógico que la existencia y la validez del contrato o de alguna de sus disposiciones, así como la validez del consentimiento al elegir la norma que lo rige se sometan a lo que determinen la ley y el ordenamiento que resulte aplicable.

Sin embargo, una restricción en cuanto al consentimiento que afecta a su existencia y no a su validez permite la aplicación de la ley de la residencia o el establecimiento de la parte que alega su falta de consentimiento y de acuerdo con las circunstancias que el juez deberá apreciar.

Esta restricción se dirige a impedir que el silencio de una de las partes pueda obligarla, cuando el ordenamiento jurídico en el que se desempeña su vida normal no esta prevista tal posibilidad y por tanto, no esta acostumbrada a que su silencio le genere obligaciones, cosa que sucede en muchas regulaciones legales para ciertos y determinados supuestos.

Parece que el juez, en una cuestión tan delicada como esta, habrá de tener en cuenta todas las circunstancias que rodea la relación sobretudo la existencia de usos y prácticas corrientes ya entre las partes por los antecedentes negociales entre las mismas.

#### **4.3.3. Objeto lícito**

El objeto de un contrato es producir obligaciones entre los contratantes. Para que el objeto de un contrato sea lícito debe cumplir los siguientes requisitos:

Debe tener una existencia real, o por lo menos esperar que exista.

Debe se posible desde el punto de vista físico y material.

Debe ser posible desde el punto de vista jurídico. Esto es muy importante pues hace referencia a la posibilidad que exista de ser negociado, que esté dentro del comercio.

El objeto debe ser determinado o por lo menos determinable.

El objeto debe ser lícito. En la licitud haremos algunas precisiones. Lo lícito se refiere a lo no prohibido por la ley, ni lo contrario a las buenas costumbres o al orden público. Es lícita la conducta que concuerda con lo que prescriben las normas jurídicas como lo que se debe hacer. Esto se conoce si al comparar los hechos con el supuesto de hecho con las normas coinciden.

#### **4.3.4. Causa lícita**

Tomaremos la causa como el motivo que impulsa a las partes a celebrar un determinado negocio o contrato.

La causa debe ser real y lícita. El requisito de real se refiere a que la causa exista, y a esto se refiere nuestra Código Civil en su artículo 1524 inc. 3º que consagra “la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa”. Lícita, se refiere a que no debe contravenir la ley, al orden público y las buenas costumbres. Es importante señalar que cuando la causa no existe o es ilícita, el negocio es nulo.

Una causa puede ser ilícita directa o indirectamente. Directamente cuando se hace lo que la ley prohíbe; e indirectamente cuando se hace formal y aparentemente lo que la ley dispone, pero al hacerlo se viola la misma pues se contraria el espíritu, voluntad o la finalidad para la cual la creó el legislador, es decir, el negocio es nulo por fraude a la ley. El concepto de fraude a la ley juega un papel muy importante en el derecho privado, tanto interno (como en las sociedades que se crean para evadir impuestos) como internacional (personas que cambian su nacionalidad, domicilio o residencia para acogerse un estatuto más favorable del que realmente les correspondería)<sup>35</sup>.

#### **4.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO INTERNACIONAL**

Se sigue el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por el cual los intervinientes en un contrato pueden establecer los pactos, cláusulas y

---

<sup>35</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. “DERECHO PRIVADO ROMANO”. 4ª ed. Medellín: Señal Editora, 2002. P. 509.

condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrario a derecho, al orden público y las buenas costumbres.

El objeto del contrato debe ser una operación comercial o transacción mercantil (los objetos o servicios materia de contrato). Cosas y servicios que estén dentro del comercio de los hombres y sean posibles, lícitos y determinados.

Las partes deben prestar su consentimiento<sup>36</sup>.

#### **4.5. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.**

Los siguientes son algunos de los contratos típicamente utilizados en el derecho internacional privado y ejemplo de uso en la contratación internacional, determinando en ellos sus elementos de existencia:

##### **4.5.1. Contratos de distribución**

En general podríamos afirmar que la economía estudia tres grandes grupos: Producción, Inmediación y Consumo. Es precisamente la intermediación la esencia del comercio. Cuando hablamos de contratos para la distribución nos referimos a los contratos que utilizan los productores e intermediarios.

---

<sup>36</sup> CABELLO GONZALEZ, José Miguel. "CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. GUÍA PRÁCTICA". Madrid: ESIC, 2000. P. 21.

#### **4.5.1.1. Suministro**

El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

La función Económica del suministro es diferente a la compraventa. En la compraventa cambio cosas por dinero, con el suministro además de cambiar cosas por dinero se busca la estabilidad de las partes a futuro; esto es, se busca la Previsión de Futuro.

Se debe tener en cuenta que en el suministro la cantidad y el precio puede ser indeterminado. Así, para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro;
2. Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo;
3. Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso, y
4. Cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario.

Igualmente, si las partes no señalan el precio del suministro, en el todo o para cada prestación, o no fijan en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades, se presumirá que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y el día del cumplimiento de cada prestación, o en el domicilio del consumidor, si las partes se encuentran en lugares distintos. En caso de mora del proveedor, se tomará el precio del día en que haya debido cumplirse la prestación.

Si las partes señalan precio para una prestación, se presumirá que convienen igual precio para las demás de la misma especie.

En cuanto al incumplimiento, el contrato de suministro trae norma especial, trae un incumplimiento cualificado y esto es que el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las pretensiones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuándo ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

Dentro del Contrato de Suministro pueden existir unas cláusulas especiales:

1. Exclusividad: En el sentido que solo se podría abastecer un consumidor y el consumidor solo podría ser abastecido por un proveedor.

Hay que tener en cuenta que para que esta cláusula tenga validez, debemos hablar de exclusivas lícitas que son aquellas que tienen límites en el tiempo y en el espacio; esto es, aquellas que tienen un límite geográfico (país, departamento, ciudad), y tienen un límite temporal que se entiende que serían 10 años como máximo teniendo en cuenta que según las ciencias contables una inversión se recupera en 10 años.

2. Pacto de Preferencia: Con esta cláusula me comprometo a preferir a la otra parte para la celebración de un contrato futuro.

#### **4.5.1.2. Franquicia**

El contrato de la FRANQUICIA MERCANTIL, bien puede ser considerado como una revolución en materia de comercio, en los años 90. Y en lo que va corrido del presente milenio habrá de serlo durante mucho tiempo más.

La franquicia, como la entendemos hoy, surgió en el siglo pasado.

Entonces la FRANQUICIA de primera generación, es el contrato de Concesión mediante el cuál el CONCESIONARIO distribuye en forma exclusiva los productos del CONCEDENTE, a cambio de una utilidad en la venta, y con la obligación de prestar en establecimientos propios del CONCESIONARIO, los servicios de post venta.

La FRANQUICIA DE SEGUNDA GENERACION: Es aquella que además del producto y la marca, involucra el formato de un negocio.

La Franquicia que se ha denominado “de formato de negocio”, y el caso típico es el de los restaurantes de comida rápida “Mc Donalds”.

Hay quienes confunden la franquicia y la compra venta especial. La primera, tiene una finalidad económica diferente a la segunda, puesto que aquella tiende al mantenimiento y aumento de los mercados, logrando la buena imagen de una marca, el servicio de post venta al consumidor final, la asesoría técnica y científica, en los aspectos de producción, distribución y ventas y varios otros como hemos visto. En la compraventa, quien compra puede regularmente disponer con

libertad de aquello que compra, a diferencia de la franquicia, que siempre está sujeta a numerosas pautas.

Tampoco es una venta con monopolio, o venta con suministro.

La franquicia y la licencia de marca, también se diferencian, en la medida que ambos contratos son atípicos en nuestra legislación. Pero la licencia de marca permite la utilización de la misma, en las mercancías que produce el licenciataria, y por el contrario, el franquiciado, salvo estipulación en contrario, solo puede utilizar la marca en aquello que fabrica el franquiciante.

La franquicia, el mandato y el contrato de comisión, también se diferencian. El mandato es el género, la comisión es la especie. El mandatario y el comisionista actúan por cuenta del mandante o el comitente en su caso. Pero el franquiciado, opera por su cuenta propia, en su negocio, con todos los riesgos y posibilidades, bajo especificaciones muy concretas.

La franquicia y la agencia mercantil, aún cuando pueden coexistir, se tratan de dos contratos diferentes; la franquicia se caracteriza por la ampliación y sostenimiento de un mercado, y la conquista de nuevos mercados, a favor del productor. Primero está la conquista, claro está. Esto también lo pretende la agencia.

Pero el primer contrato, persigue muchas otras cosas, que ya se han mencionado, entre ellas, la regulación de los precios finales.

En ocasiones se disfraza la agencia, y se le llama concesión, para evitar fraudulentamente el pagar lo determinado por el art. 1324 del C. de Comercio. Que habla de la cesantía comercial.

Por su parte la franquicia, una vez pactada, genera automáticamente derechos y obligaciones, para tiempo presente y futuro.

Para entender la que denominamos franquicia de tercera generación, que contiene elementos presentes y futuristas, el franquiciante incluye:

La marca, definida por el art. 71 de la decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, (dada en la ciudad de Quito, Ecuador, el 6 de Febrero de 1992), como todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

Puede incluir este novedoso tipo de Franquicia, la asesoría en las obras de ingeniería civil, industrial y mecánica, necesaria para poner en marcha nuevas instalaciones para producir los bienes materia de la franquicia.

Como características de este contrato, en lo tocante al aspecto legal, ´

- Esta puede determinarse como un contrato MERCANTIL, porque normalmente se refiere a los actos de comercio señalados por nuestras leyes.
- Es un contrato legalmente ATIPICO, puesto que no aparece regulado en nuestras leyes comerciales.
- BILATERAL, puesto que al pactarse surgen derechos y obligaciones para las partes.
- ONEROSO, porque se pretende recibir utilidades, y una parte se grava en beneficio de la otra.
- CONSENSUAL, en razón que al no estar contemplado en el Código pertinente, prima la regla general de la consensualidad. Puede entonces pactarse verbalmente, pensando en el art. 83 de la nueva constitución, que afirma la presunción de la buena fe en las actuaciones de los particulares. Pero todos

sabemos que es mejor el pactarlo por escrito, porque la memoria es permeable al paso del tiempo.

- DE ADHESION, en la mayor parte de las ocasiones, ya que el franquiciante es normalmente una empresa poderosa económicamente, y por ello está en posiciones de ventaja. Pero también puede ser de LIBRE DISCUSION, si el franquiciado demuestra especiales aptitudes y relaciones comerciales, para hacer llegar en forma efectiva al comprador los bienes o servicios materia de la franquicia.
- DE TRACTO SUCESIVO, ya que las relaciones entre las partes, limitadas en el tiempo, a un corto período, no resultan fructíferas para los que contratan. Debe partirse ante todo de la estabilidad, que solamente se obtiene en un período más o menos largo.
- DE COLABORACION, la confianza, que es otra de las características de la esencia de la franquicia, genera por si sola la colaboración mutua entre las partes, con el objeto de vender.
- INTUITU PERSONAE, precisamente por la misma confianza, entre las personas se pacta en consideración a las calidades de las mismas. Y finalmente, afirman los doctrinantes, se trata de un contrato que constituye UNA UNIDAD ECONOMICA de empresas. No es unidad jurídica, sino que se trata de un fenómeno novedoso, caracterizado por organización interna similar de los contratantes, cooperación y lealtad comercial, basada en el conocimiento de las mutuas aptitudes, el intercambio de conocimientos, y el pleno entendimiento.

Cuando vayamos a elaborar un contrato de franquicia de la tercera clase, propongo tener en cuenta los siguientes elementos que harán parte de las estipulaciones:

Para los países miembros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en lo tocante a la propiedad industrial, la decisión 313 de febrero 6 de 1992, regula lo relacionado con la propiedad industrial. Esta es una norma comunitaria de

aplicación preferente en la materia, junto con el Decreto 575 de 1992, que reglamenta algunos aspectos de la misma decisión.

Al elaborar el contrato, también debe estudiarse en forma previa, lo relativo a los principios constitucionales sobre la libertad económica, la función social de la empresa, y la protección al consumidor.

Los bienes y/o servicios objeto de la franquicia, deben especificarse a detalle, por sus características esenciales y no mediante definiciones poco explicativas. También las obligaciones a cargo del franquiciado, que son entre otras, los servicios de post-venta de los artículos, tales y como su mantenimiento y reparación, la obligación de no concurrencia con el franquiciante, la promoción de las ventas según las formulas que le indique el franquiciante, la forma de pago de la regalía, y propongo aquí emplear el término de “comisión”, como precio de la franquicia.

Y por supuesto, el contrato debe explicar en forma concisa, las obligaciones a cargo del franquiciante, entre ellas el otorgamiento de exclusividad al franquiciado, el suministro a éste de los accesorios y repuestos de auténtica procedencia y certificada calidad, de los periféricos o accesorios que requiera el servicio de post-venta. Es cierto que ante nuestras leyes comerciales aplicadas por analogía, es la parte franquiciante la obligada a responder por los vicios o la mala calidad de los bienes materia del contrato.

También es necesario pactar la responsabilidad entre las partes, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 870 del Código de Comercio, relativo a los contratos bilaterales, cuando en caso de mora de una de las partes, la otra parte puede pedir la terminación del contrato, con indemnización de perjuicios compensatorios, u optar por hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios. Puede también pactarse la cláusula penal.

### **4.5.1.3. Concesión comercial**

Lo primero que tenemos que decir de este contrato es que es un Contrato Atípico. Pero no hay contratos totalmente típicos, ni contratos totalmente atípicos, todos en alguna medida están regulados.

Hay principio que se aplican a toda clase de contratos, los contratos todos tienen una regulación de primer grado, estos es todos tienen unos efectos que están regulados en la legislación. Los contratos atípicos carecen de regulación de segundo grado. Por eso hay que tener en cuenta que a menor previsión legal, mayor debe ser en contenido del contrato.

Las concesiones son prácticas que se impusieron en el siglo XX. Podríamos afirmar que por su novedad es por lo que aún son atípicas. Las primeras concesiones en surgir fueron las públicas, de ahí las privadas toman elementos.

La idea de las concesiones públicas, es que el estado permite que terceros exploten algunos bienes y privilegios a cambio de de unas regalías. Las primeras en surgir fueron las concesiones mineras.

Las primeras concesiones privadas (mercantiles) en aparecer fueron las concesiones clásicas que son aquellas que implican una alta tecnología. En estas concesiones esta las de automotores.

En la Concesión intervienen un concedente (productor) y un concesionario (distribuidor). En esta figura el concedente pide que el concesionario promocióne su imagen corporativa.

La inversión económica en este negocio no la hace el concedente sino el concesionario, él es el dueño del Establecimiento de Comercio. El concedente, por su parte, tiene que hacer transferencia de tecnología al concesionario, prepararlo, transmitir el know-how.

Es importante mencionar que las concesiones de espacio aparecen en el siglo XX en las grandes tiendas neoyorkinas: el dueño del Establecimiento de Comercio le presta a otros un espacio dentro del Establecimiento, no para que haga uno nuevo sino para que usufructúe el Establecimiento de Comercio que ya está creado y acreditado. El concedente lo hace a cambio de una regalía que puede ser un porcentaje sobre las ventas.

#### **4.5.1.4. Agencia mercantil**

En este contrato hay un encargo en virtud del cual el agente mercantil tiene la misión de conquistar un mercado (el empresario "agente mercantil", es libre para determinar la forma de conquistar el mercado).

El encargo pues consiste en promover o explorar un negocio, esto es, conquistar un mercado.

Tradicionalmente la figura de la agencia mercantil fue la forma por la cual, los comerciantes antiguos colocaron sus productos en mercados foráneos.

El Código de Comercio colombiano, define la agencia mercantil de la siguiente forma:

*"Art. 1317.-Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en*

*un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*

*La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.*

El contrato de agencia comercial debe tener al menos los siguientes elementos:

- Nombres, apellidos, domicilio, y documento de identificación de las partes intervinientes en el contrato (empresario y agente).
- El objeto del contrato y el ramo de actividades a desarrollar.
- Los poderes o facultades del agente y sus limitaciones.
- El término de duración del contrato.
- El territorio en el cual va a desarrollar sus actividades el agente.

Hay que señalar que en la agencia mercantil existen unas restricciones tales como que el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. Igualmente en el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

El encargo se puede cumplir de distintas maneras:

1. El agente puede ser promotor: Será aquel que procura que concurren la oferta y la demanda pero no cierra el negocio; teniendo en cuenta que el agente mercantil se establece para un sinnúmero de negocios que se celebran en un tiempo estipulado en un contrato.

2. Se puede concluir en negocio: El agente publicita, promueve y cuando logra tener el cliente, cierra el negocio, siendo el agente un mandatario con o sin representación.
3. El agente podrá cumplir el encargo siendo fabricante: En este caso el agente mercantil fuera de buscar la conquista producto tiene alguna incidencia (total o parcial) con la producción del producto.
4. Puede ser distribuidor: Por distribución podemos entender la acción de repartir, colocar entre varios.

Es importante señalar que el contrato de agencia mercantil se inscribe en registro para la oponibilidad de las limitaciones del poder negocial del agente, si no esta inscrito, se entenderá que no tiene limitaciones.

Los empresarios que participen de este negocio, deben saber que según la ley Colombiana (Código de Comercio) “Art. 1328.-Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas”.

Las causales por las cuales se puede terminar el contrato de agencia mercantil y que enuncia la ley:

“Art. 1325.-Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1. Por parte del empresario:

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades;

2. Por parte del agente:

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La (quiebra)\* o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades”.

#### **4.5.2. Contratos de colaboración**

Los contratos de colaboración se caracterizan por la creación de vínculos de cooperación entre dos o más empresarios que buscan complementar sus capacidades a través del suministro de Know How, asistencia técnica, tecnológica, comercial, financiera, entre otros aspectos.

Dentro de dicho género contractual se encuentran los contratos de asociación en participación, de concesión, consorcio, agencia, así como el contrato de franquicia, siendo este último uno de los modelos contractuales más expandidos y cuya aplicación viene teniendo mayor éxito a nivel mundial.

##### **4.5.2.1 *Joint venture***

Una empresa conjunta o *JOINT VENTURE* es un tipo de alianza estratégica, y supone un acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas (normalmente personas jurídicas o comerciantes).

Una *joint venture* no tiene por qué constituir una compañía o entidad legal separada. En español, *joint venture* significa, literalmente, "aventura conjunta" o "aventura en conjunto". Sin embargo, en el ámbito de lo jurídico no se utiliza ese

significado: se utilizan, por ejemplo, términos como alianza estratégica y alianza comercial.

El objetivo de una *joint venture* puede ser muy variado, desde la producción de bienes o la prestación de servicios, a la búsqueda de nuevos mercados o el apoyo mutuo en diferentes eslabones de la cadena de un producto. Se desarrollará durante un tiempo limitado, con la finalidad de obtener beneficios económicos.

Para la consecución del objetivo común, dos o más empresas se ponen de acuerdo en hacer aportaciones de diversa índole a ese negocio común. La aportación puede consistir en materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos, o, lo que es lo mismo: capital, recursos o el simple *know-how*. Dicha alianza no implicará la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica.

En la *joint venture* no existen requisitos sobre la forma de actuar conjuntamente. Las empresas pueden firmar un contrato de colaboración, constituir una Unión Temporal de Empresas (UTE) o incluso una sociedad participada por ambas.

Es necesario, sin embargo, un compromiso a largo plazo, y también es característica de la *joint venture* el que las empresas sigan siendo independientes entre sí (no existe ni fusión ni absorción).

En una *joint venture* los socios suelen seguir operando sus negocios o empresas de manera independiente. La *joint venture* supone un negocio más, esta vez con un socio, cuyos beneficios o pérdidas reportarán en la cuenta de resultados de cada uno en función de la forma jurídica con la que se haya estructurado la propia *joint venture*.

Como ventajas de la *Joint Venture* se incluyen compartir costos y riesgos de los proyectos que estarían más allá del alcance de una sola empresa. Son muy importantes las *joint venture* en aquellos negocios en los que hay necesidad de fuertes inversiones iniciales para comenzar un proyecto que reportará beneficios a largo plazo (como, por ejemplo, el sector petrolífero o algunas grandes obras).

Para las firmas pequeñas y medianas, la *joint venture* ofrece una oportunidad de actuar de forma conjunta para superar barreras, incluyendo barreras comerciales en un nuevo mercado o para competir más eficientemente en el actual. Es muy habitual, por tanto, encontrar la creación de *joint ventures* para acceder a mercados extranjeros que requieren de importantes inversiones y de un *know-how* específico del país en el que se intenta entrar (para lo cual uno de los socios suele ser una empresa nacional que conozca el mercado, y el otro aquel que pretende introducir sus productos).

#### **4.5.2.2. Unión temporal**

La unión temporal es un acuerdo en virtud del cual dos o más personas conjuntamente presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del contrato. Las sanciones en caso de incumplimiento se imponen de acuerdo a la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

La unión temporal junto con los denominados consorcios (que son muy similares, pero que difieren en ciertos aspectos) fue parcialmente regulada por la Ley 80 de 1993.

La unión temporal busca la presentación conjunta de una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. Sin embargo, en cuanto a las sanciones, éstas se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros en la unión temporal. Frente a un eventual incumplimiento, todos y cada uno de los miembros del consorcio responden del mismo y deben subsanarlo y remediarlo a la brevedad posible, es decir responden solidariamente.

En la constitución de la unión temporal debe estar el objeto, que muchas veces, es conveniente describir completamente el objeto de la unión temporal, por ejemplo el número de la licitación, la entidad con la cual se va a contratar.

Vale decir que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública mediante el Pronunciamiento 04 de 2002 captó el tratamiento de diferentes ítems para las uniones temporales, de los cuales resaltamos los siguientes:

Las principales características comunes a los consorcios y las uniones temporales son:

- Agrupaciones de personas naturales o jurídicas que ejercen una actividad económica similar, conexas o complementaria, que unen esfuerzos con ánimo de colaboración para la gestión de un interés común, como puede ser la participación en contratos, principalmente con el estado.
- No tienen personería jurídica propia.
- Pueden mantener recursos comunes para sufragar los gastos generados por la alianza.

Una unión se puede constituir para ejecutar una obra, como ya se mencionó, para prestar un servicio o un suministro.

Hay que aclarar que se tratan de contratos atípicos que la ley 80 menciona, que no por esta mención se vuelven típicos.

Es importante aclarar que la unión temporal y el consorcio no tienen representación legal, pero pueden tener representación voluntaria. Los integrantes de la unión pueden tener un representante voluntario, en este sentido este representante puede hacer lo que el representado le autorice.

También hay que señalar que la diferencia entre consorcio y unión temporal, es casi artificial, pues la única sería la que señala el artículo 7 de la ley 80 de 1993: las sanciones por incumplimiento del contrato se ponen en porcentaje de participación de cada uno en la unión temporal, no es así en el consorcio.

En los consorcios y las uniones temporales, la solidaridad se presume, haciendo la salvedad del párrafo anterior.

En Colombia las Cámaras de Comercio solo registran lo que la ley les indique que se puede registrar. No hay ley que diga que las uniones temporales o los consorcios puedan ser susceptibles de registro y esto es un problema en la práctica. El tema es importante pues en algunas licitaciones exigen registro de la sociedad o del consorcio o de la unión temporal. Lo que se hace en la práctica entonces es pedir un formulario de sociedad de hecho o de establecimiento de comercio y registrarlo así, entendiendo que Unión Temporal y Consorcio son diferentes a Sociedad de Hecho y a Establecimiento de Comercio.

#### **4.5.2.3. Consorcio**

Se deriva del latín *consortium*, asociación, acción concertada. Implica siempre un grupo de persona u organizaciones que actúan de común acuerdo.

El consorcio es un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad, que consistiría en la realización de obras o en la prestación de determinados servicios, mediante la asociación de dos sujetos interesados en tales resultados<sup>37</sup>.

En la Ley 80 de 1993 se define esta figura en el artículo 7º:

Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y el contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

#### **4.5.3. Contratos de administración**

##### **4.5.3.1. Outsourcing**

En su significado etimológico podríamos decir que el anglicismo *outsourcing* vine de dos palabras: *out*, que quiere decir por fuera y *source* que quiere decir procedencia, fuente; así diríamos que es “procedente de afuera”.

---

<sup>37</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. “DE LOS CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES”. Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 426.

El *outsourcing* es un contrato del cual podemos encontrar origen en el siglo XX y en el presente sigue vigente dada las necesidades y exigencias del mercado, especializando su objeto y haciendo más eficientes y menos costosas las operaciones.

El *outsourcing* puede ser entendido como la práctica de transferir la planeación, administración u operación de ciertas actividades que se realizaban dentro de la empresa, a un tercero para que de forma independiente, las realice, permitiendo que la empresa concentre su actividad en aquellas funciones más relevantes y especializadas.

En este contrato participan por un lado, la empresa que contrata los servicios de *outsourcing* con miras a externalizar alguna función o funciones que desarrollaba normalmente. Y por otro lado el *outsourcer*, que será quien desarrollará las funciones entregadas por el contratante.

Como causa del contrato podemos encontrar la decisión de la administración de la empresa que ha encontrado en el *outsourcing* una herramienta esencial para un mejor desarrollo de su objeto y maximización de sus utilidades. Es importante señalar que para que exista este contrato, la empresa contratante debe estar en capacidad de ejecutar ella misma la labor encomendada, sino estaríamos ante un contrato prestación de servicios, posiblemente.

Podríamos señalar tres etapas en este contrato. Primero la planeación que es en la cual la empresa contratante define las funciones que serán entregadas al *outsourcer*. Luego la etapa de transición que es en la cual se hacen los ajustes necesarios para la transferencia de funciones en la que se debe tener en cuenta el personal, el préstamo de equipos si es necesario, la provisión de información de la clientela, documentación e información que pueda utilizarse en el desarrollo del

contrato. Y por ultimo la ejecución del contrato, que es en la cual se comienza con la realización del objeto contractual y efectuándose los pagos entre las empresas<sup>38</sup>.

#### **4.5.3.2. Fiducia**

Es un contrato en virtud del cual una persona (Fideicomitente), entrega a otra (Fiduciario) uno o más bienes determinados, transfiriéndoles o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del mismo Fideicomitente o de un tercero (Fideicomisario).

De este concepto de negocio fiduciario nos encontramos dos figuras: la del ENCARGO FIDUCIARIO, que es cuando no hay transferencia de la propiedad y que se constituye en una especie de mandato. Y la que implica una transferencia de la propiedad o sea LA FIDUCIA MERCANTIL la cual está regulada en el Código de comercio en el art. 1226 y siguientes.

En la definición que se acaba de dar de Negocio Fiduciario que es la que trae la circular 7 /96 de la Superintendencia Bancaria, se presupone la entrega, como condición esencial del negocio fiduciario, sin embargo, esto no es necesario que se dé puesto que el negocio puede consistir en incumplimiento de una gestión por el fiduciario, por cuenta del cliente.

Las partes que intervienen en el contrato son:

1. Fiduciante o fideicomitente: Es la persona que entrega los bienes objeto del negocio fiduciario o quien determina el fin que debe ser alcanzado.

---

<sup>38</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. "DE LOS CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES". Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 418

2. Fiduciario: Es el encargado de cumplir la gestión, en nuestro medio únicamente pueden serlo las sociedades fiduciarias o las entidades estatales autorizadas para hacer negocios de fiducia.

3. Fideicomisario o beneficiario: Es quien recibe el beneficio del negocio. Puede ser el mismo Fideicomitente o un tercero pero nunca el fiduciario.

El contrato de fiducia tiene características muy importantes que merecen ser mencionadas:

CONFIANZA: desde sus orígenes la principal característica de la fiducia es la confianza, la cual es de doble vía, tanto del cliente hacia la fiduciaria como de ésta hacia el cliente, por eso se afirma que estos negocios son *intuitu personae*, es decir, en consideración a la persona contratante.

GESTOR PROFESIONAL: la sociedad fiduciaria por sus especiales conocimientos gestiona y cumple los encargos que le encomiendan los clientes, en forma profesional.

SEPARACIÓN ABSOLUTA DE BIENES: La fiduciaria debe mantener una separación total entre su patrimonio y los bienes que le entregan los clientes, así como también entre los de estos últimos de manera que no se confundan entre sí.

LA CONFORMACIÓN DE UN PATRIMONIO AUTÓNOMO: En virtud del contrato de fiducia se forma con los bienes un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. Es importante igualmente resaltar que ese patrimonio tiene unas características:

- Aislamiento patrimonial contable, física y jurídicamente.

- No constituyen prenda general de los acreedores, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes normas:

Para el fiduciario: sólo garantiza las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida (art. 1227).

Para el Beneficiario: Sus acreedores sólo podrán perseguir los rendimientos (art. 1238).

Para el Fiduciante: Sus acreedores no podrán perseguir los bienes entregados en fiducia a menos que se trate de acreedores anteriores al acto de constitución (art. 1238). Más adelante se analizará que tipo de acción tienen.

- La sociedad fiduciaria como titular de los bienes es el vocero del patrimonio autónomo, y le corresponde llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente (art. 1234 # 4).

## CLASES DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

### 1. FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

Es aquel negocio fiduciario que tiene como finalidad el recibir del Fideicomitente sumas de dinero, para invertirlas conforme a sus instrucciones o de acuerdo con las disposiciones legales.

Este negocio puede instrumentarse por conducto de un contrato de fiducia mercantil o de encargo fiduciario y tiene las siguientes modalidades.

## 1.1 FONDO COMÚN ORDINARIO

Este fideicomiso de inversión se caracteriza porque hay múltiples participantes que entregan sumas de dinero al fiduciario para que ésta las administre en forma colectiva, y los invierta de acuerdo con las instrucciones legales, conformando un patrimonio autónomo, sobre el cual tendrá cada titular un derecho alícuota sobre el mismo.

Las sociedades fiduciarias sólo podrán tener un fondo común ordinario, cuyo reglamento debe ser aprobado por la Superintendencia bancaria.

En cuanto a las inversiones que conforman el portafolio de este fondo debe tratarse de títulos de alta liquidez y pueden ser los siguientes:

En títulos valores emitidos, aceptados o garantizados por la nación, el Banco de la República, por entidades vigiladas por la superintendencia Bancaria, por entidades de Derecho público, o títulos como papeles comerciales, bonos, acciones con dividendo preferencial que cumplan los requisitos que establece la ley ó títulos producto de procesos de titularización con excepción de aquellos adelantados por la propia fiduciaria o el originador sea su matriz o cualquier subordinada.

## 1.2 FONDOS COMUNES ESPECIALES

Este fondo se caracteriza porque hay múltiples participantes que entregan sumas de dinero al fiduciario donde ésta realiza un manejo colectivo de los recursos fideicomitados, de acuerdo con el respectivo reglamento autorizado para su manejo, en el cual consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título, de sumas de dinero, con arreglo a las instrucciones impartidas por los fideicomitentes.

Una sociedad fiduciaria puede administrar varios fondos comunes especiales, y cada reglamento debe ser autorizado por la Superintendencia Bancaria, allí se establece qué tipo de inversiones puede realizar por ejemplo: se puede constituir un fondo común especial para recaudar recursos que se destinarían a la compra de acciones de entidades del sector eléctrico que se privaticen o un fondo para comprar títulos producto de procesos de titularización de inmuebles.

### 1.3 FIDEICOMISO DE INVERSIÓN CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA

Este fideicomiso se caracteriza a diferencia de los demás en que el Fideicomitente entrega las sumas de dinero a la fiduciaria para que ésta las invierta de acuerdo con las instrucciones impartidas por aquél; por lo tanto debe quedar muy claro las actividades o fines en los cuales se pueden invertir los recursos o las personas a quienes debe entregársele en todo o en parte el capital y los rendimientos obtenidos.

Si no se especifica claramente en qué se puede invertir, la sociedad fiduciaria deberá llevar los recursos al fondo común ordinario, mientras cumple con la finalidad establecida en el fideicomiso

## 2. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

Estos negocios fiduciarios se caracterizan porque se entregan a la sociedad fiduciaria unos bienes con o sin transferencia de propiedad para que ésta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

### 3. FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Se entiende por tal aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes o los entrega en encargo al fiduciario para que con ellos y con su producto garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo del Fideicomitente o de un tercero y en beneficio de uno o varios acreedores.

La sociedad fiduciaria conforma un patrimonio autónomo sobre el cual emite certificados de garantía que respaldan a los acreedores las acreencias respectivas hasta por los valores señalados en el certificado.

En cada contrato de fiducia se deberá indicar el monto de los certificados de garantía que se pueden emitir sobre dicho patrimonio para lo cual se tendrá en cuenta la ubicación de los bienes, la facilidad de comercialización o su valorización.

### 4. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA

El fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos en construcción consiste en la transferencia de un bien inmueble a la sociedad fiduciaria para que ésta lo administre y desarrolle el proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y transfiera las unidades construidas a los beneficiarios de dicho contrato de fiducia .

Existen tantos contratos de fiducia como puedan estructurar las partes o sea que cada contrato se deberá ajustar a las necesidades del contratante y a las disposiciones legales.

Como Causales de terminación del contrato de Fiducia (que las trae el Art. 1240 del Código de Comercio), podemos mencionar:

- Por haberse realizado plenamente sus fines.
- Por la imposibilidad absoluta de realizarlos.
- Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley.
- Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido.
- Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento depende la existencia de la fiducia.
- Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción.
- Por disolución de la entidad fiduciaria.
- Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.
- Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo,
- Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y por revocación, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

#### **4.5.3.3. Llave en mano**

Permite al empresario o a la entidad, que carece de los recursos económicos, humanos o tecnológicos, contratar con empresas nacionales o extranjeras que posean dichos recursos, la realización total o parcial y la financiación total o parcial, hasta poner en funcionamiento la obra o servicio contratado.

Es un contrato por medio del cual una persona, contratista, adquiere la obligación de entregar a otra, contratante u operador, en estado de uso y funcionamiento y

bajo su responsabilidad una obra determinada que generalmente recae sobre bienes inmuebles, en contraprestación a un precio fijo o global.

Intervienen en el contrato, el contratista que es la persona encargada de llevar a cabo la obra material o de servicio; y el contratante que es el que contrata el bien o el servicio asumiendo la responsabilidad del contrato.

Es un contrato consensual, basta el acuerdo de voluntades para que exista. Es bilateral, hay obligaciones recíprocas entre contratista y contratantes. Es oneroso – conmutativo toda vez que las obligaciones recíprocas se miran como equivalente. Es un contrato atípico, pues no está regulado en nuestra legislación, se debe remitir a las normas de contrato de obra. Es un contrato de ejecución instantánea, entendiéndose que se satisface cuando se entrega al contratante la obra o servicio. Además tiene otras dos características muy importantes como son: Multiplicidad de contratos, este contrato surge por la confluencia de varios para poderse desarrollar; y Financiación, es la característica más importante, y es que el contratista financia en todo o en parte la obra o el servicio.

El objeto de este contrato, como ya se ha dicho, es la realización y entrega de una obra material o un servicio totalmente terminado a cambio de un valor que incorpora todos los costos y gastos en que el contratista incurra para el cumplimiento. El contratista se compromete entonces a realizar estudios previos, suministrar equipos y ejecutar la obra en condiciones tales que al finalizar la labor le permita al contratante utilizar la obra o poner en marcha el servicio en el momento de la entrega.

El contratista se obliga a ejecutar y entregar la obra o servicio en estado de funcionamiento, debe rendir cuentas de los costos ocasionados para la ejecución de la obra o servicio y además otorgar al contratante financiamiento total o parcial para la ejecución de la obra. El contratante, por su parte, se obliga a pagar un

precio único por la totalidad del proyecto contratado y pagar los imprevistos no previsibles que surjan durante la ejecución de su obra<sup>39</sup>.

El contrato llave en mano termina de manera normal, por la entrega de la obra contratada; y de manera anormal por la violación de cualquiera de las obligaciones que las partes hayan definido como generadoras de terminación.

#### **4.5.4. Contratos de financiación internacional**

##### **4.5.4.1. Empréstito**

También denominado contrato de endeudamiento externo. Es “todo aquel que conduce a la creación de una obligación, generalmente en divisas, a cargo de una persona natural o jurídica residente en un país a favor de ciertas entidades financieras o de otras personas residentes en otro país, lo que implica ordinariamente el traslado de recursos para la recepción de divisas así como del traslado que implica su respectiva restitución con su correspondiente rentabilidad”<sup>40</sup>.

Este contrato tiene unas características a saber: es internacional pues involucra organismos internacionales; solemne pues requiere para su perfeccionamiento cierto tipo de autorizaciones, puede ser público o privado dependiendo de según la naturaleza de la persona que asuma la deuda, bilateral pues crea obligaciones para ambas partes, es oneroso-conmutativo pues implica compensación representada en intereses, y principal pues tiene autonomía propia.

---

<sup>39</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. “DE LOS CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES”. Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 421.

<sup>40</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro. “MANUAL DE CONTRATOS. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. TOMO III”. Bogotá: ABC, 2004. P 547.

De conformidad con la legislación colombiana los contratos de endeudamiento externo, son aquella categoría de contratos que conducen a crear a cargo de una persona determinada, ubicada en un país, una obligación dineraria internacional, ubicada en otro país, que debe restituir con los rendimientos en las condiciones pactadas de conformidad con el régimen colombiano.

#### **4.5.4.2.     *Factoring***

El *factoring* es un contrato en virtud del cual una entidad llamada factor se compromete a comprarle la cartera a una empresa y a prestarle además una serie de servicios, que incluyen la financiación de sus créditos con sus clientes, asumiendo los riesgos de la cobranza, a cambio de una contraprestación.

Este contrato tiene un origen anglosajón, no tiene una reglamentación en Colombia, es un contrato atípico, aunque es consensual se hace constar por escrito.

Pueden hacer *factoring* en Colombia: los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial. El cliente de *factoring* pretende con el contrato obtener una serie de servicios que presta la compañía *factoring*; estos servicios se clasifican en tres grandes grupos: Administrativos, de garantía y de gestión financiera.

Servicios Administrativos

Se refieren principalmente a:

- Investigación de la clientela: El factor se obliga a realizar una investigación pormenorizada de los compradores que pretenden adquirir bienes o servicios de la compañía factorada, para establecer si son solventes, qué plazo y qué garantías se deben exigir para el pago, etc.
- Contabilidad de ventas. El factor contabiliza los créditos que le ha cedido su cliente y se encarga de su gestión, de su cobro, de acreditar su pago.
- Cobro y eventual reclamación judicial: la empresa *factoring* es profesional en el cobro de los créditos, para ello cuenta con la documentación y estudios patrimoniales que ella elabora.

#### Servicios de Garantía

Garantiza el buen fin de los créditos y asume la insolvencia de los deudores, salvo si los motivos del no pago se deben a razones comerciales como por ejemplo cuando hay defectos en el producto o no se entrega a tiempo, en esos casos el factor puede repetir con el factorado.

#### Servicio de Financiación

Se busca la movilización de los créditos mediante su pago anticipado por el factor. Permite a la compañía factorada convertir sus operaciones a corto plazo, en operaciones de contado.

En la función económica del *factoring* tenemos que destacar que la venta a plazos es un instrumento indispensable en el tráfico económico de la vida moderna, el crédito es un elemento importante para la comercialización de bienes y servicios en el mercado del consumidor. Se ofrece con el *factoring* la posibilidad de que un tercero con una organización especial desligue a la empresa productora o

comercializadora de la tarea del mercadeo a crédito, dándose la oportunidad a la empresa factorada para que sus dirigentes se concentren en producción y distribución.

Son partes en el contrato de *factoring*: el cliente o factorado y la empresa de facturación.

\* El factorado: Es la persona que celebra con la entidad de facturación el contrato de *factoring* con el propósito de liquidar de contado su cartera, además de otros servicios y para tal efecto informa a ésta sobre sus clientes, actividades, mercadeo, etc. Sus Obligaciones serían:

- Obligación de someter al factor todos los pedidos de los compradores.
- Obligación de transmisión de la totalidad de los créditos originados en sus ventas al factor.
- Obligación de notificación a la clientela la firma del contrato con el factor.
- Obligación de información al factor de la documentación de cada una de las operaciones de venta, de la situación financiera, de los pagos recibidos de la clientela, etc.
- Obligación de retribución de los servicios percibidos, que oscila entre 1% y 3%. Todo depende de la situación del mercado.
- Obligación de exclusividad con el factor.
- Obligación de garantizar la existencia del crédito que cede.
- El factor o La compañía de *factoring*: Es una empresa financiera, legalmente autorizada para prestar el conjunto de servicios que comprende la operación, si el deudor no paga sume los riesgos de la cobranza. Entre sus obligaciones encontraríamos:
  - Obligación de cobro de los créditos cedidos.
  - Obligación de pagar las facturas aprobadas

- Obligación de financiar el importe de las facturas cuando se haya estipulado.
- Obligación de asumir los riesgos de insolvencia
- Investigación de crédito de la factorada
- Obligación de información a los clientes sobre los cobros realizados.

Respecto a la terminación del contrato podríamos mencionar como causales:

- Si el *factoring* fue a término fijo, la terminación se da con el cumplimiento del término.
- El incumplimiento de una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales.
- La disolución de la sociedad parte del contrato.
- La terminación por mutuo acuerdo

Podríamos mencionar que existen varios tipos de *factoring* que se clasificarían así:

Según la publicidad que se dé al contrato de *factoring* o la forma de ejecución.

El *factoring* sin notificación: El cliente transfiere al factor los créditos que éste aprobó y queda dispensado de indicar en las facturas que el pago de las mismas debe ser realizado al factor, quien se encarga de hacer el cobro directamente es el cliente.

El *factoring* con notificación: El vendedor pone en conocimiento del comprador que el pago de las facturas debe hacerse al factor.

Según la financiación:

*Factoring* al vencimiento: Consiste en el pago del valor de la facturas, por parte del factor y su cliente, en su fecha promedio de vencimiento, eliminando para el cliente la necesidades de efectuar las cobranzas o de asumir los riesgos de no pago.

*Factoring* a la vista: Se denomina así cuando el factor no solo cobra las facturas, sino que además concede adelantos al cliente, el cual obtiene una liquidez que no podría tener en el mercado bancario.

Según el origen de las facturas

#### *FACTORING NACIONAL*

*FACTORING INTERNACIONAL*: Cuando las facturas provienen de compradores del exterior, en Colombia lo está haciendo Bancoldex, con las facturas de compradores del exterior de productos Colombianos.

#### **4.5.4.3.      *Leasing***

El vocablo *leasing*, tiene un origen sajón; proviene de “*To lease*” (arrendar), no obstante, el concepto de *leasing* desde el punto de vista económico y jurídico tiene connotaciones que van mucho más allá del simple contrato de arrendamiento.

Puede definirse como un mecanismo a través del cual las entidades públicas o privadas o las personas naturales acceden a la utilización de bienes y equipos, que le son facilitadas por una compañía *leasing*, pagando por su uso y goce un canon de arrendamiento, pudiendo a la terminación del contrato ejercer o no una opción de compra; aunque no todas las modalidades contemplan esta opción como es el caso de *leasing* operativo.

La mayoría de los conceptos de *Leasing* se refieren más al *leasing* financiero.

A nivel internacional, en 1988 la Convención de Ottawa definió el *leasing* financiero como una operación de carácter "sui generis", tripartita, en virtud de la cual, una parte (la compañía de *leasing*), conforme a las especificaciones de otra parte (el usuario), celebra un contrato de adquisición con una tercera parte (el proveedor), en virtud del cual la compañía de *leasing* adquiere la propiedad de planta, incluyendo inmuebles, bienes de capital u otros equipos, de acuerdo con los términos aprobados por el usuario, en la medida que conciernen a sus intereses, y la compañía de *leasing* celebra un contrato de *leasing* con el usuario, cediéndole a éste el derecho al uso de tales bienes, a cambio del pago de unas rentas.

En Colombia, "Fedeleasing", gremio que reúne a las compañías del sector, define un negocio de *leasing* como un contrato de naturaleza mercantil, en virtud del cual la compañía de *leasing* entrega a los locatarios (usuarios o arrendatarios), a título de *leasing*, la tenencia de un bien para que estos lo usen y lo disfruten, pagando un canon mensual durante el período de duración del contrato, y procedan a restituirlo a su terminación u opten por adquirirlo previa la cancelación de la opción de adquisición pactada.

El decreto 913 de 1993 define el contrato así: El *leasing* financiero consiste en un contrato por el cual una compañía *leasing* (compañía de financiamiento comercial) entrega a título de arrendamiento, bienes adquiridos en propiedad a solicitud de su cliente, financiándole el uso y goce a cambio de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del periodo, una opción de compra.

El contrato presenta muchas ventajas como son:

- Como alternativa de financiación, el *Leasing* es muchas veces menos costoso que un crédito y afecta menos la liquidez de la empresa, mejorando su flujo de caja.
- Para el usuario del *Leasing*, lo pagado por cánones de arrendamiento es un gasto deducible en un 100% del impuesto, lo que afecta su estado de pérdidas y ganancias más no su balance y sus índices de endeudamiento.

Sin embargo la ley 223/95 deja sólo este beneficio para las empresas que tengan un patrimonio bruto inferior a 5.000 millones de pesos.

- El leasing facilita la renovación tecnológica de las empresas, y evita la desviación de los recursos hacia otras áreas.
- A través del *LeaseBack*, el empresario adquiere su maquinaria importada sin afectar su capital del trabajo, pudiendo utilizar los recursos que posee hacia el montaje y puesta en marcha de los equipos y enfrentar con seguridad el crecimiento de la empresa.
- Los contratos de leasing generalmente se hacen a 36 meses lo que permite al usuario financiar en un 100% su activo fijo a mediano o largo plazo (60) meses y adquirir el bien por su precio residual o de rescate que oscila entre un 1 y un 20% de acuerdo con la especificidad del bien.
- A través del *leasing* el empresario se protege de la inflación ya que los cánones son fijos.
- El *leasing* facilita la comercialización de los bienes de capital.

- En muchos casos los equipos se pagan solos, ya que éstos pueden generar los recursos suficientes para pagar los cánones de arrendamiento.

Quienes intervienen en el contrato son:

- La compañía dadora *leasing* o arrendadora: Es quien se encarga de adquirir el bien de un proveedor o del mismo arrendatario como en el caso del *LeaseBack* y luego darlo en *leasing*. En Colombia sólo están autorizados a realizar el *leasing* financiero, las compañías de financiamiento comercial. Dentro de sus obligaciones encontramos:

- Adquirir el bien, de acuerdo con las especificaciones solicitadas por el usuario.

- Entregar el bien, generalmente la compañía de *leasing* le solicita al proveedor la entrega directa al usuario.

- Garantizar el uso, goce del bien durante la vigencia del contrato, esto incluye la cesión de pólizas de garantía, funcionamiento y el de reclamar por los vicios ocultos de la cosa.

- Asesoría.

- El usuario - tomador - locatario o arrendatario. Lo son las personas naturales o jurídicas ya sean de naturaleza pública o privada que se comprometen a pagar el canon estipulado en el contrato. Sus obligaciones son:

- Pagar la renta en los términos estipulados.

- Dar a los bienes el uso adecuado, esto es, dentro de los términos previstos en el contrato.
- Conservar la cosa debidamente y responder hasta la culpa leve. Sin embargo en el evento de los daños o pérdida, este riesgo se traslada del dueño (sociedad leasing) al usuario, el cual debe mantener el bien asegurado.
- El subarriendo normalmente se prohíbe en el contrato sin autorización de la compañía dadora leasing.
- Efectuar todas las reparaciones inclusive las necesarias, esto es, las indispensables para la subsistencia misma de la cosa. Normalmente en los contratos de arrendamiento son responsabilidad del arrendador, pero en este contrato por su finalidad misma que es la de hacerse dueño, se traslada al tomador; esto es, en los contratos de leasing financiero; porque en los de leasing operativo son por cuenta generalmente de la dadora Leasing o según como se pacte en el contrato.
- La obligación de restituir el bien al finalizar el contrato, a menos que éste permita la opción de compra y la vaya a ejercer.
- El proveedor. Es quien suministra los equipos o el bien objeto del leasing, puede ser el fabricante o el distribuidor y si bien no es parte del contrato, éste es quien se obliga a garantizar los suministros y da las garantías de funcionamiento al adquirente, que este traslada al usuario.

Hay diferentes clases de leasing, a saber:

- *LEASING FINANCIERO.*

Consiste en un contrato por medio del cual una sociedad de leasing se compromete ante un usuario a comprar, de un proveedor elegido por el cliente, determinado bien, y luego, como propietario, arrendar ese bien al usuario, al término del cual el usuario puede optar por comprar el bien.

- *LEASING OPERATIVO.*

Se le conoce también como arriendo de explotación. Consiste básicamente en el arrendamiento de bienes productores de renta, sin que exista opción de compra, consagrándose la facultad a favor del arrendatario de pedir la terminación del contrato en cualquier momento (preaviso) y pedir el suministro de nuevos bienes. No existe la opción de compra. El arrendador, generalmente, es el mismo proveedor.

- *LEASE - BACK:*

Conocido también como retroarriendo. Es una operación por la cual el empresario o cualquier persona vende su unidad productiva o una parte de sus bienes, transfiriendo el título de propiedad a la compañía de *leasing*, pero conserva la tenencia de los mismos a título de arrendamiento, celebrando un contrato sobre los mismos bienes.

Esta modalidad tiene como ventaja que pone en funcionamiento capitales inmovilizados, que pueden ser reinvertidos luego, en bienes de más rápida circulación y en inversiones más productivas.

- *LEASEBACK DE IMPORTACIÓN*

El cliente importa un equipo y la compañía de *leasing* le puede cancelar los gastos de importación, incluido el reembolso de giro al exterior o la carta de crédito,

mediante un contrato de promesa de *leasing*. Después de nacionalizado el equipo, el cliente lo vende a la compañía de *leasing*, la cual, sumando todos los valores que canceló en la operación, formaliza el contrato de *leasing* financiero con opción de adquisición.

- **LEASING INMOBILIARIO:**

Esta modalidad cabe dentro de la categoría del *leasing* financiero, pero por la naturaleza del bien alquilado, la operación se hace más compleja, pues el terreno no es amortizable y la amortización de edificios y construcciones es más lenta que la de maquinaria.

Es un contrato por el cual una sociedad de *leasing* se compromete ante un usuario a comprar, de un proveedor, determinado bien inmueble, y luego como propietario, arrendarlo al usuario por un plazo determinado, recibiendo como contraprestación un precio, y presentándose al vencimiento del término una triple opción: continuar en el arriendo, adquirir los bienes por un valor residual ejerciendo la opción de compra concedida por el arrendador o restituir el bien al arrendador.

La terminación del *leasing* puede tener como causas:

- Por el vencimiento del término previsto en el contrato.

Al terminarse el contrato surgen para el usuario tres opciones:

A. Restituir el bien arrendado

B. Renovar el arrendamiento en condiciones distintas ya que el bien ha sido parcial o totalmente depreciado, vale decir que su costo ya está amortizado al menos en parte

C. Comprar el bien por su valor residual.

- Por incumplimiento del contrato que dará lugar a la terminación anticipada del mismo, entre otras causas por:

A. Por no pago oportuno del canon.

B. Por mora en la entrega de los bienes o vicios de los mismos

C. Por destrucción parcial o total de los bienes entregados en leasing.

D. Por decisión judicial

E. Por no pago de las primas de seguros o la no suscripción de los contratos exigidos.

#### **4.5.4.4. *Underwriting***

Es un contrato celebrado entre una entidad emisora de títulos y otra entidad autorizada para ser *underwriter* por medio del cual esta última se obliga a colocar unos títulos, asumiendo o no los riesgos de la colocación ya sea que se comprometa a prefinanciar en firme o no títulos valores emitidos por la primera, para su posterior colocación entre el público o Admitiendo también que en vez de prefinanciar, el compromiso puede ser a poner su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores o garantizar la colocación.

Como función del *underwriting* podemos mencionar la de brindar una recuperación al mercado de capitales, para que las empresas tengan allí recursos estables y de largo plazo que permitan reducir los altos niveles de endeudamiento a corto plazo, teniendo como mercado de capitales aquel donde llega el ahorro del público proveniente de excedentes entre la diferencia entre los egresos de una persona y necesidades de consumo, dirigido hacia inversionistas a mediano y largo plazo; el mercado de capitales comprende al mercado de valores donde se da la

intermediación de oferta y demanda sea en su mercado primario o mercado secundario.

Es decir, servir de instrumentos para la negociación económica de acciones y otros títulos valores emitidos en el mercado bursátil institucionalizado, así una sociedad puede lograr que emisiones no suscritas por sus accionistas originarios puedan ser adquiridos por terceros agilizando el ingreso de recurso a la sociedad que los requiera en una forma casi inmediata.

Las partes que intervienen en el contrato son:

1. Entidad Encargante: La que emite acciones, bonos u otros papeles comerciales, es llamada la Emisora. Pueden ser compañías privadas, públicas, mixtas. Inclusive entidades sin ánimo de lucro, sociedades fiduciarias emisoras de títulos en virtud de un proceso de titularización o de emisión de bonos.

2. El *Underwriter*. Es la otra parte del contrato. Pueden serlo:

- Una corporación financiera.
- Una sociedad Comisionista de Bolsa.
- I.F.I (Instituto de Fomento Industrial)
- F.E.N (Fondo Energético Nacional)
- Compañías de Financiación Comercial

3. Los Suscriptores: No son parte del contrato, pero sí parte en la operación financiera, por ello su importancia. Son los adquirientes de los bonos o acciones producto del contrato de *Underwriting*.

Hay diferentes clases de contratos *underwriting*, a saber:

A. En Firme: El *underwriter* adquiere la totalidad de emisión, el fin colocarlo al público inversionista, con precio y tiempo determinado asume el riesgo de la colocación (garantiza el monto a la empresa) si no coloca todo, compra la parte que no logró colocar, a prorrata a su propia cartera (generalmente hay pérdida) hasta que las vendan.

B. De Garantía: El compromiso es colocar la emisión en cierto plazo y si no logran el total del remanente lo adquieren ellos, asumen el riesgo y compran lo que no lograron colocar.

C. Con Base en Mayores Esfuerzos: realizan el mayor esfuerzo en un tiempo y precio fijo.

D. Todo o nada: Compromiso de colocar todo, si no lo logran, devuelven el dinero recibido a los compradores y los valores a la emisora.

#### **4.5.5. El contrato de compraventa internacional de mercaderías**

El Código de Comercio en el artículo 905 define la compraventa así: “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”. Del concepto legal podemos decir que el contrato de compraventa genera principalmente dos obligaciones: para el vendedor transferir la propiedad y para el comprador pagar el precio.

La función económica de este contrato es el cambio de bienes por dineros y viceversa, es por excelencia el instrumento negocial que consolida el cambio de bienes por dinero, esto es, concreta la circulación de riqueza.

Debido a su función de instrumentar el consumo, la compraventa es reconocida como el contrato de mayor importancia en nuestra sociedad; ya que a través de este negocio jurídico los consumidores pueden adquirir los bienes ofrecidos en el mercado y los vendedores obtener dinero con la entrega de los bienes.

Es un contrato que puede calificarse como bilateral, pues nacen obligaciones para ambas partes; consensual por regla general se perfecciona con el acuerdo de voluntades o solemne cuando verse sobre inmuebles, naves mayores o aeronaves casos en los cuales debe haber registro; oneroso - conmutativo pues ambas partes buscan un lucro recíproco que se mira como igual; principal pues existe por sí mismo; típico, pues lo regula la ley; y de ejecución instantánea.

En el contrato intervienen el comprador, que es quien se obliga a pagar el precio por la cosa y puede ser una persona natural o jurídica; y vendedor que es quien se obliga a transmitir la propiedad de la cosa convenida. El objeto del contrato es el bien perfeccionado por el acuerdo mutuo de este. Este objeto puede ser un bien corporal o incorporeal. Así puede ser objeto de una compraventa: un inmueble, un establecimiento de comercio, una patente de invención, marca, un título valor o el mero derecho de preferencia. En estas situaciones es indispensable, para que exista el contrato, que las partes se hayan puesto de acuerdo en la cosa o bien objeto de negociación y en el precio.

En contraposición a los expuestos no podrán ser objeto de negociación aquellos bienes que están fuera del comercio, como los embargados legalmente, los derechos personalísimos, los bienes de uso público. Se debe tener presente pues que un bien solo puede ser considerada como objeto de una compraventa si concurren los siguientes requisitos: Que exista o se espere que exista, que sea propia del vendedor, que sea susceptible de ser vendida o que sea singular y determinada.

La venta pues puede ser de cosa presente que se refiere a que el bien objeto del contrato exista en el momento de celebrarse el contrato. Si las partes celebraron el contrato creyendo que la cosa existía y no es así el contrato no producirá efecto alguno, salvo que las partes tomen como objeto del mismo el alea de su existencia, aunque esto no se aplica si el objeto es un género, pues este no perece.

También existe la posibilidad de celebrar una compra-venta sobre una cosa futura, caso en el cual el contrato solo producirá efectos al ocurrir la condición que exista. En caso tal que la cosa no llegue a existir hay que analizar si fue por causa imputable al vendedor, caso en el cual habrá responsabilidad, o sino la hubo, caso en el cual será un contrato ineficaz.

Igualmente puede ocurrir que al perfeccionarse el contrato de compraventa, el vendedor no sea dueño de la cosa vendida, no pudiendo de esta manera hacer la tradición, caso en el que se le impone al vendedor la obligación de adquirir la cosa y entregarla al comprador, en caso contrario deberá indemnizar el perjuicio. En la venta de cosa ajena es indiferente que el comprador conozca si el vendedor es o no el propietario de la cosa vendida, por eso la ley comercial le otorga al comprador el derecho de pedir la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios cuando el vendedor incumple su compromiso.

También puede ser posible una compraventa celebrada sobre un riesgo, esto es que el objeto sea el alea. En este caso las obligaciones surgen desde el momento que se celebra el contrato y el comprador debe cumplir con el pago del precio independientemente que el riesgo se dé o no; esto en razón que es un contrato aleatorio en donde se compra la expectativa de obtener una ganancia o sufrir una pérdida.

Es importante señalar que es necesario que se determine, porque sería el equivalente a no existir objeto en el contrato. La determinación equivale a señalar los rasgos generales de la cosa como son el género, calidad o especie.

El artículo 905 del Código de Comercio Colombiano, señala que precio es el dinero que da por la cosa vendida el comprador. Debe existir al momento de la celebración del contrato, sino estaríamos en frente de una donación o una permuta. Igualmente el mismo artículo deja la posibilidad que haya una parte en dinero y otra en una cosa, y para este caso se debe hacer un estimativo para establecer que tienen mas valor, si la cosa dada en parte de precio o el dinero, ya que si este último vale más o igual que la cosa hablaremos de compraventa y si vale menos será permuta<sup>41</sup>.

La regla general es que sean las partes quienes de común acuerdo fijen el precio, estableciéndolo de forma expresa. Sino lo determinan, ni se establece la forma de determinarlo, será el valor que tengan las cosas en el mercado el día de la entrega, según lo dispone el artículo 20 del Código de Comercio Colombiano.

El precio puede ser determinado unilateralmente por el vendedor y el comprador lo acepta tácitamente al realizar la compra. Igualmente un tercero puede determinar el precio y es cuando las partes someten el precio a lo que establezca un perito.

El precio debe ser determinado, determinable y real, esto ultimo se refiere a que se debe estipular con la intención de ser exigido por el vendedor al comprador y se opone al precio simulado.

En cabeza del vendedor existen unas obligaciones a saber:

---

<sup>41</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. "DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. NACIONALES E INTERNACIONALES". Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 214.

- Tramitar la cosa objeto del contrato, esto es, una entrega especializada del bien, con intención de transferir el dominio y el adquirente lo reciba con intención de hacerse dueño, con existencia previa de un título.
- Garantizar el buen funcionamiento del bien.
- Responder por vicios ocultos o redhibitorios del bien.
- Responsabilidad de saneamiento por evicción, esto es cuando el comprador sea molestado en el ejercicio de su derecho de dominio por parte de un tercero.

Las obligaciones del comprador, son principalmente:

- Pagar el precio.
- Recibir la cosa en la fecha y lugar estipulado.

Existen varias clases de compraventas, veamos<sup>42</sup>:

Venta a prueba o al gusto: el comprador debe expresamente reservarse la facultad de probar la cosa, antes de obligarse contractualmente, o que exista la costumbre de comprar de esa forma. Probar se refiere a determinar si la cosa posee las cualidades que el comprador quiere al comprarla. Las partes deben actuar de buena fe, pues si se devuelve algo alegando que no tenía las calidades que buscada y el vendedor prueba que si las tenía y pedir una indemnización de perjuicios. El comprador tiene un plazo de tres días para probar la cosa, sino dice nada, se entiende que ha aceptado, según consagra el artículo 912 de Código de Comercio Colombiano. Los riesgos por deterioros o pérdidas son a cargo del comprador desde que recibe el bien para probarlo.

---

<sup>42</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. "DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. NACIONALES E INTERNACIONALES". Bogotá: KIMPRES, 2006. P. 228

Venta sobre muestras: Son muy utilizadas en materia mercantil. El comprador adquiere una cosa que no puede ver, sino que conoce a través de una muestra que se exhibe o mediante una referencia a una calidad conocida en el comercio. Si al entregar la cosa hay controversia por la no coincidencia de esta con la muestra, se resolverá por peritos.

Venta sobre muestras de calidad no determinada: Si la venta se hace sobre un género sin determinarse la calidad, el vendedor cumple su obligación entregando una cosa de mediana calidad.

Venta con reserva de dominio: Esta modalidad aparece cuando quien compra una cosa; no puede pagar el precio al contado, se pospone la tradición de la cosa hasta que se cancele la totalidad del precio como garantía para el vendedor.

#### **4.5.6. El contrato de Transporte Internacional**

Se trata de uno de los contratos de mayor importancia para la economía de un país. La movilización de los bienes y de las personas se realiza generalmente utilizando esta figura contractual. En sus inicios el derecho mercantil se elabora en función del comercio y precisamente se puede indicar que éste consiste en trasladar en el tiempo y en el espacio o en ambos, un bien, desde su productor hasta su consumidor<sup>43</sup>. En esta manera de concebir el comercio claramente se presentan con singular importancia los contratos de compraventa y transporte como los instrumentos fundamentales de tal actividad.

---

<sup>43</sup> CHULIÁ, Vicente F. "COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL". Tomo II. Valencia: Cooperativa de Artes Gráficas de San José, 1982. P. 421.

Podemos señalar que el contrato de transporte es un convenio por el cual, una persona llamada transportador o transportista se obliga, a cambio de un precio, que se denomina flete o porte, a conducir de un lugar a otro, personas o cosas.

La anterior definición es genérica en el sentido, que permite un concepto del contrato, independientemente de cuál sea el medio de transporte utilizado, el cual puede ser terrestre, marítimo o aéreo.

El artículo 981 del C. de Co., modificado por el artículo. 1º del Decreto 01 de 1990, utiliza una definición genérica del contrato de transporte en el mismo sentido de la anteriormente anotada:

*"El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario".*

*"El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales".*

*"En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra"*

Analizando la definición observamos en primer lugar la naturaleza jurídica de la obligación del transportador que será de hacer, es decir, la traslación de personas o cosas de un lugar a otro. Este desplazamiento es de contenido material y no

jurídico, pues en el transporte de mercaderías no se traslada ni posesión ni propiedad; es un punto que al transportador no le interesa<sup>44</sup>.

Los sujetos del contrato de transporte, se observan claramente en la definición: transportador y pasajero, si es transporte de personas; transportador, remitente y destinatario si se trata de transporte de cosas.

La actividad se puede clasificar de varias maneras y atendiendo a diferentes criterios:

a) Considerando el camino utilizado para el transporte, podemos referirnos al transporte terrestre, marítimo y aéreo. Si el transportador debe recorrer un camino terrestre para efectuar el transporte, éste se denomina transporte terrestre; si se trata de aguas es marítimo, y por aire transporte aéreo. Jurídicamente la clasificación tiene gran importancia, pues el Código de Comercio colombiano trae un régimen especial para cada una de estas clases de transporte con importantes variantes en el campo de la responsabilidad.

b) Atendiendo a lo que se debe transportar se clasifica en transporte de cosas y de personas. También se presenta un transporte mixto cuando el pasajero lleva su equipaje. Es importante la clasificación pues es diferente el origen jurídico para el transporte de personas y para el transporte de cosas; hay variaciones en cuanto a las partes que intervienen y ante todo en materia de responsabilidad que es mucho más estricta tratándose de la conducción de personas.

---

<sup>44</sup> MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo. "CURSO DE DERECHO COMERCIAL". Tomo III. Contratos Comerciales ACALI. Montevideo: Editorial Montevideo, 1977. P. 203.

Esta clasificación admite combinaciones con la anterior y así se dice que hay transporte terrestre de personas o cosas; transporte marítimo de personas o cosas y transporte aéreo de personas y cosas.

c) Por los transportadores que intervienen, hay transporte individual cuando interviene un sólo transportador y hay transporte pluripersonal cuando intervienen varios transportadores en la conducción de las personas o cosas. En esta última clase de transporte se hace indispensable una especial regulación de la responsabilidad para todos los transportadores que intervienen en el trayecto, también se le denomina transporte acumulativo y puede tener combinadas varias clases de transporte atendiendo a la vía utilizada.

El transporte multimodal será aquel transporte que se efectúa por un operador multimodal de transporte bajo su responsabilidad, de un lugar a otro en virtud de un único contrato de transporte mediante dos o más modos de transporte. Sus características son: lo desarrolla un operador multimodal del transporte, bajo su responsabilidad personal, regido por un único contrato de transporte y se observan dos o más modos de transporte.

d) Considerando el ámbito geográfico en el cual se desarrolla el transporte se puede hacer referencia al transporte nacional, cuando se ejecuta entre lugares del territorio colombiano; e internacional cuando se conducen las personas o cosas de un lugar en un país a otro lugar en otro país. La clasificación es importante, pues tratándose de transporte internacional es necesario observar los tratados y convenciones internacionales que haya suscrito Colombia para poder disciplinar una relación de tal naturaleza.

Observemos a continuación, las principales características del contrato de transporte que lo distinguen de otras figuras contractuales.

a) Consensual. El contrato de transporte se perfecciona con el acuerdo de las partes que intervienen, desde el momento en que éstas expresan su voluntad. Desde este instante produce todos sus efectos el contrato. El contrato de transporte es consensual en todas sus modalidades.

b) Bilateral. Se dice que es bilateral, porque al momento de su perfeccionamiento surgen obligaciones para las partes intervinientes: para el transportador, conducir de un lugar a otro, personas o cosas y para el pasajero o remitente, pagar los fletes del transporte.

c) Oneroso. El contrato de transporte es un contrato oneroso, pues como lo anota la definición (artículo 981 del Código de Comercio) una parte se obliga, a cambio de un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro. Cada una de las partes se está gravando en beneficio de la otra y el contrato reporta utilidad para ambas.

d) De tracto sucesivo. Se trata de un contrato de duración o de ejecución continuada. No es contrato instantáneo, porque las partes no pueden despedirse en el momento en que se celebra, sus prestaciones siguen surgiendo mientras el transporte se lleva a término.

e) Es contrato nominado y típico. El transporte, en sus múltiples modalidades tiene una individualidad acusada en el Código de Comercio colombiano. La ley le otorga un nombre jurídico o denominación específica que lo identifica

#### **4.6. CLAUSULADO FRECUENTE APLICABLE A LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**

En el panorama jurídico internacional concurren múltiples sistemas legales, lo que da origen a una amplia lista de cláusulas contractuales. Atendiendo a nuestro

sistema jurídico y algunas clasificaciones que hace la doctrina, veamos las cláusulas en los siguientes grupos.

#### **4.6.1. Garantías de la contratación**

Para garantizar el cumplimiento de una obligación contractual es frecuente la utilización de garantías reales (como la hipoteca mobiliaria o la prenda sin tenencia) y personales (tal como la fianza), así como el crédito documentario o la reserva de dominio.

En los contrato de compraventa de bienes muebles con aplazamiento de pago es frecuente la inclusión de cláusula de reserva de dominio. Los pactos de reserva de dominio tienen una finalidad dirigida a facilitar la recuperación del objeto vendido en caso que el comprador, por alguna razón, llegara a incumplir<sup>45</sup>.

Las garantías internacionales más conocidas son las llamadas garantías a primera demanda reguladas por la Cámara de Comercio Internacional (publicación CCI N° 458, Reglas uniformes relativas a las garantías a la primera demanda)

#### **4.6.2. Adaptación del contrato por el cambio de circunstancias**

Estas cláusulas son frecuentes en los contratos internacionales de larga duración que deben ejecutarse en contextos económicos y políticos inciertos. La adaptación de un contrato puede realizarse introduciendo cláusulas que prevean esa situación, cuando se produzcan nuevas circunstancias que desequilibren y alteren las prestaciones creadas por la partes en un principio, mediante acuerdos de

---

<sup>45</sup> CABELLO GONZALEZ, José Miguel. "Contratación Internacional. Guía Práctica". Madrid: ESIC. 2000. P. 29.

renegociación o a través de la intervención de jueces o árbitros. Veamos como ejemplo.

Cláusulas de revisión de precios provocadas por el aumento de los costes de materias primas, mano de obra, energía, combustible o productos semielaborados.

Cláusulas de salvaguarda o hard ship. Mediante esta estipulación las partes contratantes convienen en adaptar el contrato inicial, debido a que las circunstancias que han llevado a su formalización se han visto alteradas por hechos posteriores e imprevisibles.

#### **4.6.3. De responsabilidad**

Se deben destacar en este punto las cláusulas penales y las de fuerza mayor.

Mediante las cláusulas penales se fija anticipadamente la cuantía o porcentaje que debe abonar en caso que se produzca un incumplimiento contractual, asegurando un paso rápido a la parte perjudicada. La más común es la cláusula penal por retraso en la entrega de mercaderías.

En algunos sistemas legales el clausulado de fuerza mayor tiene por efecto exonerar a una parte de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones como consecuencia de un hecho imprevisible o irresistible.

#### **4.7. DEFINICIONES**

El contrato debe incluir un capítulo denominado de “definiciones”, al cual se llama igualmente las cláusulas interpretativas del contrato, y se refieren a aquellos convenios que señalan expresamente, los vocablos, las expresiones y demás

términos gramaticales que van a emplearse, y el sentido en que se van a emplear, igualmente la remisión expresa al sentido especial a ciertos conceptos o los que implícitamente se adopta en el comercio. Igualmente tienen carácter de definición, aquellos convenios que señalan criterios interpretativos del contrato en cuanto a quienes deben hacer la interpretación, cuando las reglas convencionales a tener en cuenta y los resultados de la misma<sup>46</sup>.

#### **4.8. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN**

Para saber que ley es aplicable a un contrato o a una relación contractual y además cual será el juez competente para dar solución a un eventual litigio, debemos decir que el principio general es la autonomía de las partes. El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en su artículo 3.1., dice que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. En caso de que las partes no hayan establecido la ley aplicable al contrato, se dispone en el artículo 4 que el contrato se regulará por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos, esto es, donde deba realizarse la prestación más característica.

Dentro del Contrato, podríamos decir, que es importante que se fijen cláusulas que de manera lícita pueden pactarse mediante su referencia, en unos casos a la aplicación de determinada ley o por el contrario, a la exclusión de la aplicación de determinados tratados o convenciones internacionales.

##### **4.8.1. Cláusula compromisoria**

---

<sup>46</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro. "MANUAL DE CONTRATOS. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. TOMO III". Bogotá: ABC, 2004. P 219.

Es una cláusula por la cual las partes se obligan a someter a un tribunal de arbitramento las controversias que puedan surgir entre ellas con ocasión del contrato. La esencia es que se formalice antes de que surjan las diferencias contractuales a las cuales se refiere.

Para la Corte Constitucional la cláusula compromisoria constituye un verdadero contrato, como lo manifestó:

“la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de contrato y renuncia de jurisdicción”<sup>47</sup>.

El Consejo de Estado afirma:

“El pacto arbitral es un contrato que además tendrá carácter estatal cuando se trata de un compromiso y en él se obligue una entidad pública o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado”<sup>48</sup>.

La Corte Suprema se dirige en el mismo sentido y dice:

“Como la Cláusula en que se contiene el pacto compromisorio obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación, de igual modo serán aplicables en los pertinente a las pautas legales sobre la interpretación en materia contractual”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999, marzo 17 de 1999.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Exp. 16973, sentencia de junio 8 de 2000.

<sup>49</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala Civil, Sentencia de Septiembre 17 de 1985.

La cláusula compromisoria tiene unas características, a saber:

Tiene relación directa, con un contrato; esto es que no puede someterse a decisión de árbitros de árbitros asuntos o diferencias meramente extracontractuales, solo asuntos contractuales.

Debe expresarse antes que se origine el conflicto, solo es válida para controversias futuras.

Si nada se expresa, ésta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato al cual se refiere.

## 5. ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA EXPORTACIÓN E IMPORTACIÓN DE MERCADERÍAS EN COLOMBIA.

### 5.1. DOCUMENTO B/L

Es el recibo que demuestra el embarque de la mercancía. Sin este título no se puede retirar la mercancía en el lugar de destino. Acorde al medio de transporte, este toma el nombre específico. Por ejemplo, conocimiento de embarque marítimo o “*Bill of Lading*” o conocimiento de embarque aéreo, guía aérea.

Estos son algunos de los puntos que debe tener un conocimiento de embarque:

- Nombre y domicilio del transportador;
- Nombre y domicilio del cargador;
- Nombre y nacionalidad del buque;
- Puerto de carga y descarga o hacia donde el buque deba dirigirse a ‘órdenes’.
- Nombre y domicilio del destinatario,
- La naturaleza y calidad de la mercadería, número de bultos o piezas o cantidad o peso, y las marcas principales de identificación;
- Estado y condición aparente de la carga;
- Flete convenido y lugar de pago;
- Número de originales entregados;
- Lugar, fecha y firma del transportador, agente marítimo o capitán.

*Bill of Lading*, recibido para embarque, indica que la mercancía ha sido recibida por el transportista en la fecha indicada que está en el documento, pero no muestra que haya sido embarcada. Está especialmente indicado para el transporte

de contenedores o multimodal, porque se emite en el instante en que la mercancía ha sido entregada al primer transportista o a la terminal de contenedores.

*Bill of Lading* a bordo, este documento manifiesta el recibimiento de la mercancía a bordo del buque. Expresa que la mercancía está lista para ser enviada.

*Short form Bill Of Lading* o *blank back*, este es un documento que no contiene todas las condiciones del contrato de transporte en el reverso del documento. Su nombre completo es "*Common Short Form Bill of Lading*" y se llama así, porque no está emitido en el formato habitual de los documentos de las compañías navieras, sino con el nombre del transportista escrito a máquina.

SWB, El poseedor del *Bill of Lading* puede negociar la venta de la mercancía durante el viaje, en especial si este es largo, lo cual le interesará debido a que durante el trayecto tiene inmovilizado un capital. Si se pronostica que no se va a comercializar la mercancía mientras esta en el camino, no se necesitará un documento que constituya título-valor de la mercancía.

*Through Bill Of Lading*: este se efectúa cuando el transporte marítimo lo utiliza más de un transportista. Por lo tanto, el *Through Bill of Lading* es uno de los documentos que puede cubrir la totalidad de la expedición.

El "conocimiento de embarque marítimo" vale como título de propiedad, como contrato de flete entre la empresa naviera y el remitente, y como recibo de bienes otorgado por la naviera al remitente. El conocimiento de embarque detalla el lugar de entrega de los bienes, los pagos de flete por realizar, y a quién se consignan los bienes; especifica las responsabilidades legales y los límites de responsabilidad civil para todas las partes comprendidas en el embarque.

Los conocimientos de embarque de orden desempeñan un papel muy importante en transacciones internacionales, especialmente cuando se trata de cartas de crédito y giros; la mayoría de las cartas de crédito piden un conocimiento de embarque “a bordo”, que le prueba al comprador la presencia del cargamento a bordo de la embarcación.

## **5.2. FACTURA**

La factura comercial (*commercial invoice*), base de la negociación comercial, es preparada por el vendedor y describe en forma clara la transacción, el consignatario y el sistema de pago.

La factura comercial debe ser tan detallada como sea posible y estar claramente redactada, con el fin de que la información sea comprensible hasta con un conocimiento limitado del idioma utilizado.

Este documento se utiliza principalmente para: inspección de la aduana en los puntos de exportación e importación; inspección por el comprador al recibo de la mercancía y pago de la mercancía por el comprador.

A falta de un contrato de compra-venta separado, la factura, aunque no constituye por sí misma un contrato, cobra una especial importancia como confirmación de las condiciones del acuerdo entre las partes.

La lista de empaque (*packing list*), es una relación detallada de la carga que determina cómo van empacadas las mercancías, el contenido de las diferentes cajas, cartones o barriles, peso y medidas de cada paquete. Este documento es esencial para las autoridades aduaneras y para el transportador por cuanto facilita la identificación del contenido del embarque.

El certificado de origen (*certificate of origin*) es un documento en el cual se registra el origen de la mercancía, según el país de destino. Sirve para aplicar medidas de control comercial y/o arancelario.

El registro o licencia de exportación sirve para documentar y certificar ante las autoridades competentes una exportación.

Este documento es emitido por una autoridad de comercio exterior del país originario.

### **5.3. INSTITUCIÓN - PROEXPORT<sup>50</sup>**

En desarrollo del nuevo esquema de internacionalización de la economía, la labor que venía desarrollando PROEXPO en la promoción de exportaciones se dividió en dos áreas: la promoción financiera y la no financiera.

El Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX, creado mediante el Artículo 21 de la Ley 7 de 1991 como una sociedad anónima de economía mixta, organizado como establecimiento de crédito bancario y vinculado al Ministerio de Comercio Exterior, pasó a ejercer la promoción financiera.

En tanto se creó PROEXPORT COLOMBIA, como organismo de promoción no financiera de las exportaciones, mediante la constitución de un fideicomiso de patrimonio autónomo. (Decreto 2505 del 5 de Noviembre de 1991).

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en la Escritura Pública 8.851 de octubre de 1992, se creó la Sociedad Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior,

---

<sup>50</sup> Proexport. [En Línea]. <[www.proexport.org](http://www.proexport.org)>. [Consultado: Julio 16 de 2009].

FIDUCOLDEX, como una sociedad de economía mixta del orden nacional, filial del Banco Colombiano de Comercio Exterior BANCOLDEX y vinculada al Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, con un 89% de capital perteneciente a BANCOLDEX, un 8% a 11 Gremios que agrupan a los principales exportadores de productos no tradicionales y un 3% a las cinco principales Cámaras de Comercio del país, adquiriendo así un carácter privado. En Noviembre del mismo año empezó a administrar los bienes del Fideicomiso de Promoción de Exportaciones, PROEXPORT COLOMBIA.

Los fines principales del contrato de fiducia son: (Apartes de la cláusula Primera del Contrato de Fiducia establecido mediante Escritura Pública 8.851 de octubre de 1992)

A. Desarrollar las labores de promoción de exportaciones de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el contrato de fiducia y las instrucciones de la Junta Asesora.

B. Desarrollar otras labores de promoción de exportaciones, en cumplimiento de las obligaciones que tenía el Fondo de Promoción de Exportaciones Proexpo, al transformarse en el BANCO DE COMERCIO EXTERIOR.

Los actos de PROEXPORT - COLOMBIA se rigen por el derecho privado, y son orientados por su Junta Asesora.

Naturaleza de PROEXPORT - COLOMBIA

Apartes del Decreto 2553 del 23 de diciembre de 1999

ARTICULO 30° Naturaleza de Proexport. Proexport es un patrimonio autónomo administrado por Fiducoldex, integrado con los recursos destinados a la promoción de las exportaciones y por los recursos provenientes de los servicios remunerados

por sus usuarios, en desarrollo del literal d) del artículo 282 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo. Se entiende por promoción a las exportaciones las actividades asignadas al fideicomiso por el Decreto 663 de 1993, las acciones necesarias para ejecutar el Plan Estratégico Exportador a diez años, así como las labores dirigidas al fortalecimiento de la estrategia de competitividad y productividad del país y al desarrollo de los instrumentos de apoyo a la oferta exportable, actividades que podrán ser asumidas total o parcialmente por la Nación.

ARTICULO 31° Junta Asesora de Proexport. La Junta Asesora de Proexport esta integrada por el Ministro de Comercio Exterior, o su delegado, quién la presidirá; el Presidente del Banco de Comercio Exterior, en cuya ausencia podrá actuar como suplente el representante legal del Banco que el Presidente designe; dos personas designadas por el Presidente de la República, de libre nombramiento y remoción, en cuya ausencia actuarán los suplentes que él designe, y dos representantes titulares del sector privado con sus respectivos suplentes designados por el Presidente de la República de ternas presentadas por los gremios exportadores y de la producción nacional inscritos en el Ministerio de Comercio Exterior y de una lista de empresarios presentada por los Comités Asesores Regionales del Ministerio de Comercio Exterior. Parágrafo. A la Junta asistirá con voz pero sin voto el presidente de Fiducoldex.

Proexport Colombia cuenta con sistemas de información especializados para personas interesadas en importar productos desde Colombia.

#### DIRECTORIO DE EXPORTADORES COLOMBIANOS

Base de Datos de empresas exportadoras colombianas. Como Invitado usted encontrará información básica de la empresa incluyendo los productos exportados.

## INFORMACION COMERCIAL

Suministro de la información general sobre Colombia, datos geográficos, indicadores económicos, comercio exterior, principales productos de importación y exportación, régimen de impuestos, aduanas, aranceles, tratados comerciales, servicios de transporte de carga a través de las Oficinas Comerciales en el Exterior.

## CONTACTOS COMERCIALES EN COLOMBIA

Entrega de información sobre los diversos sectores productivos, empresas exportadoras colombianas, oferta exportable, líneas de productos por posición arancelaria, tamaño en activos y en número de empleados, año de constitución, trayectoria exportadora, así como nombre del gerente, el representante legal y los contactos comerciales.

## MISIONES COMERCIALES A COLOMBIA

El potencial importador podrá visitar en "Misión de Compradores", las empresas colombianas que ofrecen los productos o servicios que requiera. PROEXPORT organiza y coordina el viaje, los contactos y las citas de negocios más apropiados, y le brinda un completo apoyo logístico durante su estadía en Colombia.

## MISIONES COMERCIALES A EMPRESAS DE OTROS PAISES

En "Misiones de Vendedores" o "de Estudios", PROEXPORT organiza y coordina las visitas de empresarios colombianos a empresas en el exterior.

## Inteligencia de Mercados

El Sistema de Inteligencia de Mercados, como parte integrante de PROEXPORT *On-Line*, pone al alcance de la comunidad exportadora colombiana, información actualizada sobre las oportunidades de mercado para los productos colombianos en los mercados internacionales y a su vez, ofrece a la comunidad internacional, información completa sobre el comercio exterior colombiano.

### Información en Logística de Transporte

La Distribución Física internacional en general y el transporte de carga, en particular son elementos claves en la competitividad, razón por la cual PROEXPORT ofrece servicios de información y asesoría que contribuyen a la planeación de la logística ya la ejecución de los Planes Exportadores de las empresas.

### Misiones Comerciales

Para proporcionar las herramientas adecuadas que permitan tanto a los exportadores colombianos, como a los compradores internacionales aprovechar al máximo su interacción, PROEXPORT organiza Misiones de Vendedores o de Compradores, con apoyo de las Oficinas Comerciales en el Exterior.

Usualmente estas misiones son desarrolladas dentro de la ejecución de Planes Exportadores y Proyectos Especiales de Exportación. No obstante, también se organizan eventos sectoriales especializados que permiten aprovechar la experiencia y desarrollo de los sectores productivos colombianos de talla internacional, así como los contactos y conocimientos de los compradores internacionales Desarrollados por la red de Oficinas Colombianas en el Exterior.

### Misión de Compradores

Una Misión de Compradores consiste en la convocatoria a Colombia de compradores internacionales, con el fin de establecer relaciones comerciales que conlleven la venta de productos colombianos.

### Misión de Vendedores

Una Misión de Vendedores consiste en el desplazamiento de uno o varios empresarios colombianos a su mercado objetivo, con el propósito de explorar el mercado; identificar clientes; consolidar negocios; hacer seguimiento a

distribuidores; lanzar nuevos productos; o participar como observador en ferias o eventos específicos.

#### **5.4 SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA - SIA**

La intermediación aduanera es una actividad de naturaleza mercantil y de servicio, ejercida por las Sociedades de Intermediación Aduanera “SIA”, orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera son las personas jurídicas cuyo objeto social principal es el ejercicio de la intermediación aduanera, para lo cual deben obtener autorización por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

En el decreto 2685 de 1999, el Gobierno Nacional delegó en cabeza de las Sociedades de Intermediación Aduanera unas obligaciones en el desarrollo de las gestiones que se deben adelantar ante la autoridad aduanera para el perfeccionamiento de una operación exportación, importación y tránsito, convirtiendo a estos entes en un importante auxiliar de la función aduanera.

Se incluyó como norma general la obligación de acudir a los servicios de una SIA en su condición de declarante, para efectos de importar, exportar o realizar operaciones de tránsito y Sólo por excepción se puede actuar en forma directa ante la aduana (cfr. arts. 10 y 11 D.2685/99).

Las SIA's son personas jurídicas que autoriza la DIAN para actuar como intermediarios y como tales actúan por encargo de terceros, razón por la cual su responsabilidad encuentra límite en la propia actividad de intermediación.

El artículo 3 del decreto 2685 de 1999, establece que el intermediario y el declarante "serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención", con lo cual queda en evidencia que la propia ley indica expresamente que el límite de la responsabilidad de las SIA's está determinado por el alcance de sus obligaciones.

Como obligaciones principales de estas sociedades en desarrollo de una operación de comercio exterior se señalan las siguientes:

- a) Suscribir y presentar declaraciones de importación, exportación y tránsito, en la forma establecida legalmente,
- b) Responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones que suscribe y presenta, entendiéndose por tal que los datos de las declaraciones deben coincidir con los datos que aparecen en los documentos soporte que le suministran los titulares de las importaciones, exportaciones o los transportadores por cuenta de estos,
- c) Liquidar y cancelar los tributos aduaneros y multas a que hubiere lugar,
- d) Contar con todos los documentos soporte de las declaraciones al momento de su presentación y conservar dichos documentos durante un período de cinco (5) años.

## **5.5. INCOTERMS**

Los "*International Commerce Terms*" los podemos definir como el conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos utilizados en los negocios de comercio internacional. Sus objetivos son entre otros que definir

responsabilidades, evitar malas interpretaciones y conflictos; y garantizar clima de confianza entre las partes.

Los INCOTERMS han sido establecidos por la Cámara de Comercio Internacional, para establecer las responsabilidades y obligaciones del comprador y del vendedor en una compraventa internacional, en cuanto tiene que ver con el suministro de la mercancía, las licencias, las autorizaciones y las formalidades aduaneras en los países de origen y destino.

La necesidad de establecer los INCOTERMS nace en la globalización de los mercados internacionales que ha impulsado de manera dinámica la venta de mercancías en más países y en mayores cantidades, y es así como a medida que aumenta el volumen y la complejidad de las ventas, también crecen las posibilidades de malentendidos y litigios costosos cuando no se especifican de forma clara y precisa las obligaciones y riesgos de las partes.

Por ello, el adecuado uso y aplicación de los *Incoterms*, en las transacciones internacionales propenden en gran medida por facilitar la gestión de toda operación en comercio internacional, delimitar claramente las obligaciones de las partes disminuir el riesgo por complicaciones legales, y establecer unas reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados.

Los *Incoterms* regulan cuatro grandes problemas que soporta toda transacción comercial:

1. La Modalidad Entrega de la Mercancía: Tiene que ser efectuada de acuerdo con los términos del contrato y proporcionando todos los documentos exigidos en el contrato en prueba de conformidad.

2. Transferencia de Riesgos: Especifica en que lugar y momento son transferidos los riesgos de pérdida y daño, del vendedor al comprador. Estos riesgos incluyen robo, pérdida, humedad, congelamiento, rompimiento etc.

3. Distribución de Gastos: Además de saber a quien le corresponde hacer que, el comprador y el vendedor deben ponerse de acuerdo de antemano en la forma como se van a dividir los costos del transporte. El principio es que el vendedor debe pagar los costos necesarios para que los bienes alcancen el lugar preacordado de entrega y el comprador debe pagar los costos a partir de ese momento.

Hay cuatro categorías de costos: Despacho, transporte y entrega; Impuestos de Exportación e Importación; Servicios o asistencia; y Seguro.

4. Trámites documentales: Debe quedar muy en claro que documentos debe entregar el vendedor al comprador en el momento de la entrega de la mercancía, estos documentos son: Comprobante de entrega; Documento de transporte; Certificado de Autenticidad; y Certificado Fitosanitario, etc.

De esta forma, en caso de conflicto quedan claramente establecidas las responsabilidades y obligaciones de las partes que intervienen en la operación.

Estas reglas son de aceptación voluntaria por cada una de las partes y pueden ser incluidas en el contrato de compraventa internacional.

Los INCOTERMS se agrupan en cuatro categorías:

Grupo E: son los de mínima obligación para el vendedor.

EXW: único término por el que el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador en el local del vendedor. El vendedor (exportador) cumple con la entrega poniendo la mercancía en su establecimiento (fábrica, taller, almacén, etc.), a disposición del comprador (importador), sin despacharla ni efectuar la carga en el vehículo proporcionado por el comprador.

El comprador (importador) soporta todos los gastos y riesgos de tomar la mercancía en el domicilio del vendedor (exportador) hasta el destino deseado.

Grupo F: FCA, FAS y FOB, el vendedor se encarga de entregar la mercancía a un medio de transporte escogido por el comprador.

FCA - *Free Carrier*- FRANCO TRANSPORTISTA (...lugar convenido) El vendedor cumple con la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista principal contratado por el comprador en el punto acordado.

Si la entrega se produce en el local del vendedor, éste es responsable de la carga de la mercancía en el vehículo del importador. En ese momento se produce la transmisión de costos y riesgos.

Si la entrega ocurre en cualquier otro lugar, el vendedor no es responsable de la descarga.

Este término puede usarse en cualquier modo de transporte incluido el multimodal

FAS - *Free Alongside Ship* AL COSTADO DEL BUQUE (...puerto de carga convenido) El vendedor asume los costos y riesgos de transporte hasta que la mercancía es colocada al costado del buque en el puerto de embarque convenido. Por tanto si se produce un problema durante la carga es el importador quien debe asumir la responsabilidad.

El vendedor se encarga de despachar la mercancía de aduana de exportación, si las partes acuerdan que el comprador efectúe este trámite deberá especificarse en el contrato de compraventa.

Este término sólo puede utilizarse en transporte marítimo o fluvial.

FOB - *Free on Board* - FRANCO A BORDO (...puerto de carga convenido) El vendedor cumple su responsabilidad de entregar la mercancía hasta cuando esta sobrepasa la borda del buque, en el puerto de embarque convenido y sin el pago del flete.

El vendedor esta obligado a despachar la mercancía en aduana de exportación.

Este término solo puede usarse para transporte por mar o por vías navegables interiores

Grupo C: CFR, CIF, CPT y CIP, el vendedor contrata el transporte sin asumir riesgos de pérdida o daño de la mercancía o costos adicionales después de la carga y despacho.

CFR - *Cost and Freight* - COSTO Y FLETE (puerto de destino convenido) El vendedor cumple con su obligación cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque, en el puerto de embarque.

El vendedor responde de todos los gastos de exportación, despacho aduanero, flete y costos necesarios para llevar la mercancía al puerto de destino convenido, sin incluir seguros. Los costos de descargue en el puerto de destino corren por cuenta del comprador.

Este término solo puede usarse para transporte por mar o por vías de navegación interior.

CIF - *Cost, Insurance and Freight* - COSTE, SEGURO Y FLETE (...puerto de destino convenido) El vendedor cumple con su obligación cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

El vendedor paga: Costos de flete, seguro, gastos de exportación, despacho aduanero y todos los costos necesarios para llevar la mercancía al puerto de destino convenido.

El vendedor sólo está obligado a conseguir un seguro con cobertura mínima, a favor del comprador hasta el puerto de destino convenido.

En cuanto a los riesgos son responsabilidad del importador en el momento en que la mercancía traspase la borda del buque, no obstante los riesgos de transporte están cubiertos por una póliza de seguros que habrá contratado el exportador a beneficio del importador, quien como asegurado en caso de pérdida o deterioro de la mercancía reclamará directamente a la compañía aseguradora.

Este término solo puede usarse para transporte marítimo o fluvial.

CPT - *Carriage Paid To* - TRANSPORTE PAGADO HASTA... (...lugar de destino convenido). El vendedor debe pagar los costos de flete del transporte requerido para llevar la mercancía al sitio convenido con el comprador, incluyendo gastos y permisos de exportación, excepto los gastos de seguro.

Puede usarse en cualquier modo de transporte incluido el multimodal

En este último caso quiere decir que el riesgo se transmite del vendedor al comprador cuando es entregado al primer transportista.

CIP - *Carriage and Insurance Paid* - TRANSPORTE Y SEGURO PAGADOS HASTA... (...lugar de destino convenido) El vendedor debe pagar los costos de flete del transporte requerido para llevar la mercancía al sitio convenido con el comprador

Adicionalmente deberá tomar y pagar un seguro contra el riesgo que pueda tener el comprador por la pérdida o daño de la mercancía, siendo responsable solamente por una póliza con cobertura mínima.

Puede usarse en cualquier modo de transporte incluido el multimodal, en este último caso quiere decir que el riesgo se transmite del vendedor al comprador cuando es entregado al primer transportista.

Grupo D: DAF, DES, DEQ, DDU y DDP, el vendedor soporta todos los gastos y riesgos necesarios para llevar la mercancía al país de destino.

DAF - *Delivery at Frontier* - ENTREGADA EN FRONTERA (...lugar convenido) El vendedor realiza la entrega en el lugar de la frontera acordado, pero antes de la aduana fronteriza, y pone la mercancía a disposición del comprador en el medio de transporte utilizado sin realizar la descarga.

El término frontera incluye la del país exportador, por tanto deberá especificarse este término. Puede además utilizarse en cualquier modo de transporte cuando la frontera sea terrestre, si la entrega es en puerto, muelle o a bordo del buque, deben usarse los términos DES o DEQ.

DES - *Delivery Ex Ship* - ENTREGADA SOBRE BUQUE (...puerto de destino convenido) El vendedor entrega la mercancía cuando se encuentra a bordo del buque en el puerto de destino acordado y a disposición del comprador, sin efectuar despacho en la aduana de importación, ni asumir los costos y riesgos de descarga del producto.

Este término puede utilizarse en transporte marítimo, fluvial o multimodal donde su último modo de transporte sea marítimo o fluvial

DEQ - *Delivery Ex Quay* - ENTREGADA EN MUELLE (...puerto de destino convenido) El vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es puesta en el muelle del puerto de destino convenido a disposición del importador, sin despacharla en la aduana de importación.

Este término puede ser usado en transporte marítimo, fluvial y multimodal donde su último modo de transporte sea marítimo o fluvial.

DDU - *Delivery Duty Unpaid* - ENTREGADA DERECHOS NO PAGADOS (...lugar de destino convenido) El vendedor cumple con su obligación cuando realiza la entrega de la mercancía en el lugar de destino convenido pero sin incluir los gastos de aduana y el descargue del medio de transporte.

El vendedor asume los costos y riesgos de llevar la mercancía hasta este sitio. La obligación de pagar los derechos de importación recaerá sobre el comprador, al igual que los riesgos y costos por no despachar a tiempo la mercancía para la importación, en caso si el comprador quiere que esta operación se realice por parte del vendedor deberá especificarlo en el contrato de compraventa.

Este término se puede usar en cualquier modo de transporte

DDP - *Delivery Duty Paid* - ENTREGADA DERECHOS PAGADOS (...lugar de destino convenido) El vendedor realiza la entrega de la mercancía al comprador, ya despachada de exportación e importación con todos los costos pagos pero sin efectuar la descarga de los medios de transporte en el lugar de destino acordado en el país importador.

Adicionalmente el vendedor debe cubrir con todos los costos y riesgos incluyendo los impuestos del país importador, este término es usado en cualquier modo de transporte.

## 6. CONCLUSIÓN

El contrato internacional es el instrumento que por excelencia posibilita las relaciones y el intercambio comercial entre personas (naturales o jurídicas) de diferentes estados , lo cual, permite el crecimiento de la inversión extranjera y el desarrollo del comercio internacional; pero resulta un obstáculo para la consecución de tales objetivos, el hecho de que exista tanta inseguridad jurídica cuando se trata de determinar la ley que regirá ese contrato y que además de esto, en muchas ocasiones los procesos de negociación internacional, sus elementos, requisitos y hasta la documentación exigida para dichas transacciones sean completamente desconocidos para los empresarios, exportadores, importadores o partes en los contratos internacionales.

En la actualidad, los casos de contratación internacional son tan múltiples y variados, precisamente por la evolución misma del mundo que va hacia la globalización, que los Estados deben buscar la forma de adecuar no sólo sus legislaciones, sino las diferentes fuentes que informan sus derechos, a la creación y adaptación de nuevos y ya existentes criterios que indudablemente ayudarán a suplir tales necesidades jurídicas, e idear la forma de facilitar el intercambio y la contratación internacional, entendiéndola como un motor del desarrollo y gran generador de riqueza.

Es importante resaltar que en Colombia apenas estamos formando empresarios que den gran desarrollo a este tipo de contratación en el país, es poco lo que tenemos y se ha escrito al respecto y por esto se hace indispensable que a la luz de tantos vacíos respecto de este tema, la doctrina del Derecho Internacional, siendo también fuente de Derecho realice esfuerzos por aportar soluciones a tales vacíos.

En el caso colombiano, aunque se han dado pequeños pasos para cobijar los diferentes requerimientos que nacen de la contratación internacional, como lo es el haberse acogido a la convención internacional de compraventa de mercaderías y los principios de Unidroit, aún hay mucho por hacer para llegar a afirmar que nuestra legislación cuenta con un sistema completo de conflicto de leyes.

## BIBLIOGRAFÍA

ALJURE SALAME, Antonio. “La regla de conflicto en el contrato internacional”. En Revista de Derecho Privado Vol. No. 25. Universidad de Los Andes. P. 59.

BOBBIO, Norberto. “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO”. 2.ed. Bogota: Editorial Temis, 2002.

CABELLO GONZALEZ, José Miguel. “CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. GUÍA PRÁCTICA”. Madrid: ESIC, 2000.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís. “DERECHO MERCANTIL CONTEMPORÁNEO”. Bogotá: Jurídicas, 2005.

CALVO CARAVACCA, Alfonso Luís; FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL”, Madrid: TECNOS, 1995.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “CURSO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL”. Madrid: COLEX, 2003.

CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL [en línea]. <<http://www.iccwbo.org/>> [Consultado: marzo 13 de 2009]

CHULIÁ, Vicente F. “COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL”. Tomo II. Valencia: Cooperativa de Artes Gráficas de San José, 1982.

COLAIACOVO, Juan Luís. “NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN INTERNACIONAL”. Buenos Aires: Macchi, 1991.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp. 16973, sentencia de junio 8 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999, marzo 17 de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil, Sentencia de Septiembre 17 de 1985.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 28 de junio de 1989, Sala de Casación Civil, M.P. Rafael Romero Sierra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

DE LA FUENTE, Marta; ECHARRI, Alberto. “MODELOS DE CONTRATOS INTERNACIONALES” . Madrid: FC, 1999.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Porrúa, México, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis, “FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL”, T. 1, INTRODUCCIÓN TEORÍA DEL CONTRATO. 6ª.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

Documento [En línea] <<http://www.blancodecastro.com/actualidad.htm>>. Publicado 20 de Febrero de 2008. [Consultado: Junio1 de 2009].

Documento: LA JERARQUÍA NORMATIVA Y SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO. William Jiménez Gil. [En línea] <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%20CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf> [Consultado: Julio 17 de 2009].

FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luís; CALVO CARAVACCA, Alfonso, “DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL”, Madrid: Tecnos, 1995.

INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR. Guía para la contratación del Transporte Internacional de Mercaderías. Bogotá: Incomex, 1995.

LAFONT PIANETTA, Pedro. “MANUAL DE CONTRATOS. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. TOMO III”. Bogotá: ABC, 2004.

MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo. “CURSO DE DERECHO COMERCIAL”. Tomo III. Contratos Comerciales ACALI. Montevideo: Editorial Montevideo. 1977.

MONATERI, Giuseppe, “LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO”. 2ª.ed. Lima: Leysser L. León, 2004.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO [en línea]. <<http://www.wto.org/indexsp.htm>> [Consultado: marzo 13 de 2009]

PALOMINO HERNANDY, Veytia. "LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO". México: Ars Iuris, 1993.

PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. "EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS". Universidad Externado de Colombia. J. M. Barcelona: Bosch Editor, 2002.

PEÑA NOSSA, Lisandro. "DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. NACIONALES E INTERNACIONALES". Bogotá: KIMPRES, 2006.

PERALES VISCASILLAS, Mará Del Pilar. "LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS". Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

PRINCIPIOS UNIDROIT. SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Roma: Universidad Externado de Colombia, 2008.

PROEXPORT COLOMBIA [en línea]. <<http://www.proexport.com.co/>>. [Consultado Julio 16 de 2009].

RAVASSA MORENO, Gerardo José. "DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: PRINCÍPIOS Y NORMAS". 2. ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

REMIRO BROTONS, Antonio. "DERECHO INTERNACIONAL", Madrid: McGraw-Hill, 1997.

ROCA AYMAR, José Luís. “CONTRATACIÓN INTERNACIONAL”. Madrid: Mundi-Prensa, 1994.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. “CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL”. Pontificia Universidad Católica de Perú. Bogotá: Fondo Editorial, 1991.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal y OLAVIO BAPTISTA, Luíz. “ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL”. Bogotá: Temis, 1998.

UNCINTRAL [en línea]. <<http://www.uncitral.org/>>. [Consultado Marzo 24 de 2009]

UNIDROIT [en línea]. <<http://www.unidroit.org/>> [Consultado Marzo 24 de 2009]

VALENCIA RESTREPO, Hernán. “DERECHO PRIVADO ROMANO”. 4. ed. Medellín: Señal Editora, 2002.

VALENCIA ZEA, Arturo, “DERECHO CIVIL – PARTE GENERAL Y PERSONAS” Tomo I. Bogotá: TEMIS, 1987.

VARGAS COYTINHO, Fernando. Documento: LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD. Newsletter. El Derecho Digital Uruguayo. [en Línea]. <<http://www.cuti.org.uy/Portals/0/Acuerdos%20de%20Confidencialidad.pdf>> [Consultado: Julio 15 de 2009].