

La ejecución de contratos mercantiles bajo los modelos CIGS-GAFTA-FOSFA en el contexto regional



The execution of commercial contracts under the CIGS-GAFTA-FOSFA models in the regional context

Marín Fuentes, José Luis

José Luis Marín Fuentes *
jlmartin@udmedellin.edu.co
Universidad de Medellín, Colombia

PAPELES del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL
Universidad Nacional del Litoral, Argentina
ISSN: 1853-2845
ISSN-e: 2591-2852
Periodicidad: Semestral
vol. 14, núm. 25, 2022
papelesdelcentro@fcjs.unl.edu.ar

Recepción: 07 Septiembre 2022
Aprobación: 02 Noviembre 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/500/5003622005/>

DOI: <https://doi.org/10.14409/pc.v14i25.12281>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto verificar de una manera algo tangencial como se presenta la ejecución o cumplimiento de algunos contratos en el contexto jurídico regional latinoamericano; ello con relación a tres normativas de carácter internacional como lo son: la Convención de Viena de 1980 sobre la venta internacional de mercaderías, la regulación de la Asociación para el comercio de granos y concentrados animales, y la de la Federación de aceites, semillas y Asociaciones de grasas. En este contexto se buscará identificar cuáles son los aspectos más relevantes que ofrecen tales normativas en cuanto a la forma como debe cumplirse un contrato celebrado al amparo de estas y en alguno de los ordenamientos jurídicos regionales. En este sentido mostraremos ciertos aspectos que, a nuestro entender, hacen de esta clase de normas una especialidad jurídica bastante novedosa y pragmática.

Palabras clave: Conflicto de leyes, ejecución contractual, orden público, contratos internacionales, derecho internacional privado.

Abstract: *The goal of this academic exercise is to verify in a somewhat tangential way how the performance of some contracts is carried out in the Latin American regional legal context; all this related to the three international main regulations in the field such as: the Vienna Convention of 1980 on the international sale of goods, the regulation of the Grain and Trade Feed Association, and that of the Federation of Oils, Seeds, and Fats Associations. In this case, we will seek to identify the most relevant aspects offered by such regulations in terms of the way in which a contract concluded under them must be executed in any of the regional legal systems. In this sense, we will show some aspects that, in our opinion, make this class of norms a novel and pragmatic legal specialty*

Keywords: *Conflicts of laws, performance, public policy, international contracts, Private International Law.*

I. Introducción

Abordar actualmente el tema de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías puede ser una cuestión bastante normal, ya que en principio

se pensaría que, al existir un derecho unificado sobre la materia como lo es la Convención de Viena de 1980 sobre la materia (también conocida globalmente como CISG), la cual está vigente en 95 países^[1] mediante ratificación y en un número indeterminado de ellos por remisión directa de las normas internas del derecho internacional privado,^[2] entonces se pensaría que sería tal normativa unificada la que por excelencia debería aplicarse a los contratos que sobre la materia se celebran día a día en el contexto comercial internacional.

Lo anterior nos puede conducir a equívocos toda vez que existen organismos especializados que hacen parte de la red comercial internacional, en especial para cierta clase de mercaderías, y cuyos modelos contractuales conllevan a la exclusión de la regulación propiciada por la CISG. En este contexto hablamos por un lado de los denominados contratos bajo el modelo GAFTA (*Grain and Feed Trade Contracts*) que no son otra cosa que contratos de compraventa internacional de granos, materias primas y otros alimentos que se celebran bajo una normativa propia desarrollada dicha asociación;^[3] y por el otro de los contratos de compraventa de aceites y grasas para el consumo humano conocidos como contratos FOSFA.

En este contexto puede surgir la cuestión de saber porque existen tres regulaciones a nivel internacional, que abordan de manera legal unas materias o prácticas similares, que bien pueden regularse al amparo de cualquiera de ellas (o la más general y especializada), pero que en nuestro pensar son antagónicas. Abordar la cuestión anterior puede dar lugar a pensar que se trata de un gasto innecesario de sinergias, en especial, cuando existe una de ellas (CISG) que es mucho más antigua, elaborada, concreta y universal que la otras (GAFTA y FOSFA). Estas que llamamos simples sutilezas encubren una tendencia que lleva varios siglos y que no es otra que la “confrontación” entre el *common law* y el *civil law* o derecho continental; y que, si bien este no es el espacio apropiado para dilucidar dicha cuestión algo dialéctica, si es pertinente indicar que hay una especie de guerra “declarada” entre la una y la otra, en especial del GAFTA y FOSFA frente a la CISG que se hace evidente en la contratación internacional moderna.

Por eso en las próximas líneas se tratará de estudiar la naturaleza de tales regulaciones y buscar en que puntos hay una convergencia y en cuales no es posible propiciar un acercamiento por lo particular de cada una de las regulaciones. De igual forma indagaremos en el contexto jurídico regional latinoamericano cual es el tratamiento que se le aplica a la ejecución contractual en algunos de los sistemas jurídicos estatales que hacen parte de esta región.

II. El contrato bajo el modelo GAFTA

Antes de analizar (de manera algo tangencial y simple) esta clase de contratos queremos hacer claridad que el nombre de “Contrato GAFTA” es aquel que nosotros le hemos asignado a la figura legal que aquí abordaremos. Tal cuestión debe quedar dilucidada ya que a nuestro entender lo que aquí se presenta es esencialmente un contrato internacional de compraventa de mercaderías el cual no difiere en su naturaleza de aquellos otros que se regulan por la CISG. En este sentido, tal denominación se establece porque el mismo se lleva a cabo a

partir de un modelo que ha sido creado para tal efecto y que pertenece de manera exclusiva a una organización comercial de carácter internacional tal como otras regulaciones con las mismas características como lo pueden ser las reglas de Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional o RUU 600.

II.1. Características

Los contratos de compraventa internacional de mercaderías bajo el modelo GAFTA son esencialmente contratos consensuales, raramente bilaterales (a diferencia de los CISG) ya que en los mismo interviene un tercero (quizás un cuarto que pueden ser los agentes de las partes) quien actúa como intermediario –*Broker*–, de ejecución diferida, onerosos, atípicos (dependiendo del ordenamiento jurídico donde se les ponga en causa), y algunas veces de ejecución instantánea. En sentido estricto del término se trata de contratos de adhesión, sin embargo y de manera excepcional las partes pueden modificar su contenido adaptándolo a sus necesidades propias, ello, porque en tal normativa particular no hay una regla expresa que así lo prohíba.

II.2. Estructura

Un contrato bajo el modelo GAFTA por lo general se compone de entre 25 y 30 cláusulas las cuales determinan entre otros la descripción de las mercancías, la cantidad, el precio, el corretaje (una comisión que será cancelada por el vendedor), la calidad, la prueba de entrega, el pago, los impuestos, las licencias, la fumigación, el incumplimiento de las partes, etcétera.

En este contexto existen tres tipos de cláusulas que son comunes a todos los contratos bajo el arquetipo GAFTA. En primer lugar, están los términos comerciales que cubren temas como la calidad y cantidad de los bienes, el precio y el tiempo de los envíos; en segundo lugar, aquellos relacionados con la ejecución de los contratos, por ejemplo: descarga, pesaje, muestreo y análisis, derechos e impuestos; y, finalmente, cláusulas relativas a problemas con la ejecución del contrato, tales como la prórroga de embarque, prohibición, fuerza mayor, incumplimiento y arbitraje. Al año 2022 son alrededor de 77 contratos tipo o documentos GAFTA que abordan diferentes clases de mercancías, así como de reglas tanto para su pesaje, para su examen, como para el arbitraje en caso de litigio entre las partes.

II.3. Lugar de celebración del contrato

Como señalamos anteriormente, los contratos bajo el modelo GAFTA son esencialmente de “adhesión”, ya que sin importar el lugar donde se celebren los mismos se dirigen a un mismo territorio en cuanto a su conclusión. En ellos hay una cláusula general que es la cláusula relativa al “Domicilio” y que indica:

“This contract shall be deemed to have been made in England and English Law shall govern the construction, validity and performance in all respects. Any dispute arising out of or in connection therewith shall be submitted to arbitration in accordance with the General Produce Rules of Arbitration and Appeal of the Association. The serving of

proceedings upon any party by sending same to the party's last known address together with leaving a copy of such proceedings at the offices of the Association shall be deemed good service, rule of law or equity to the contrary notwithstanding”.

Lo anterior no deja de ser algo curioso, ya tal enunciado toma en principio como lugar de celebración del contrato (*locus regit actum*) a una circunscripción ficticia (Inglaterra), ya que se da por hecho que, sin importar el Estado donde se haya llevado a cabo la negociación y la celebración del contrato, éste será como tenido por realizado en territorio inglés en el momento en él señalado.

Tal cuestión puede presentar algún tipo de inconvenientes, ya que en la mayoría de los casos su puede entender como un acto fraudulento, porque no compagina con la realidad al cambiar el lugar cierto y efectivo de la celebración por uno previamente establecido; y que en ocasiones puede no tener vínculos directos con la celebración y ejecución misma del contrato. El lugar de la celebración es muy importante en materia contractual ya que del mismo dependerán asuntos tales como la capacidad de las partes y la validez de contrato entre otras, las cuales frente a un eventual litigio pueden determinar el contenido y la solución al mismo. Decir que un contrato de compraventa de sorgo o soya “efectivamente” celebrado en Brasil entre un vendedor local y un comprador ecuatoriano, ha sido concluido en territorio inglés falta a la verdad, ya que ello no es cierto. No tiene sentido que en el contrato quede establecido que por ser GAFTA se entenderá celebrado en Inglaterra, lo cual puede ser visto como una especie de “*lex shopping*” en el evento que la norma *lex loci celebrationis* (el derecho inglés) desconozca derechos de las partes que son cubiertos bajo el derecho local efectivo bajo la rúbrica de normas de orden público.

Otra de los asuntos que puede causar también inconvenientes es el hecho que las partes que celebran esta clase de contratos, de manera automática incorporan a su relación la siguiente afirmación: “(...) *A los efectos de cualquier procedimiento legal, se considerará que cada parte tiene su residencia habitual o realiza negocios en las oficinas de The Grain and Feed Trade Association, Inglaterra, (GAFTA) ...*”^[4] La afirmación anterior puede ser contraria a la verdad, ya que sí tomamos el ejemplo anterior, esto es, el del vendedor brasileño con domicilio en Sao Paulo, Brasil y el comprador ecuatoriano, con domicilio en Quito, Ecuador, mal harían en firmar un documento modelo en el cual se indica que ambos tienen residencia habitual en Londres, o en algún otro lugar de Inglaterra.

II.4. Selección de la ley aplicable

En los contratos bajo el modelo GAFTA y FOSFA en principio no es posible para las partes escoger un derecho diferente al que el mismo determina para regular tal relación obligacional. En efecto en ambos se establece una cláusula denominada “*Domicile*” que de manera directa indica que:

“This contract shall be deemed to have been made in England and to be performed in England, notwithstanding any contrary provision, and this contract shall be construed and take effect in accordance with the laws of England...”

De igual forma y en cuanto al tema del derecho aplicable, éstos también incluyen la cláusula denominada: “*International Conventions*” que excluye de su aplicación cualquier otra clase de normativas, en especial el derecho uniforme y

algunas normas de *soft law* lo cual se desprende claramente de tu texto el cual señala que:

“The following shall not apply to this contract: (a) The Uniform Law on Sales and the Uniform Law on Formation to which effect is given by the Uniform Laws on International Sales Act 1967. (b) The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of goods of 1980 (c) The United Nations Convention of Prescription (Limitation) in the International Sale of Goods of 1974 and the amending Protocol of 1980 (d) Incoterms”.

En el contexto anterior parece no ser posible para las partes escapar del monopolio del derecho inglés para regular esta clase de relaciones contractuales celebradas bien sea bajo el modelo GAFTA o FOSEA. Sin embargo, el ámbito de aplicación de aquella normativa es bastante restrictivo ya que su efectividad en un principio se circunscribe al territorio inglés, porque una vez que se ha producido tal elección, no habrá ningún inconveniente en hacer valer la decisión de los árbitros en dicha jurisdicción.

En este sentido estimamos puede haber lugar a una excepción y es aquella según la cual tal decisión legal podrá no ser reconocida en otro país, porque el laudo que ha sido proferido por los tribunales GAFTA o una sentencia de un tribunal inglés pueden violatorios del derecho local (orden público), ya que éste establece que, si la ejecución o el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato tenían lugar en su territorio, entonces, el derecho aplicable era el local y no el escogido por las partes para esta clase de relación contractual.

II.5. El Tribunal competente

Frente a la determinación del tribunal competente para conocer de cualquier litigio que surja con ocasión de la relación contractual, esta normativa específica se dirige de manera casi que exclusiva al arbitraje cuando indica que:

“Any dispute arising out of this contract, including any question of law arising in connection therewith, shall be referred to arbitration in London (or elsewhere if so agreed) in accordance with the General Produce Rules of Arbitration and Appeal of the Grain and Feed Trade Association incorporating the International General Produce Association, in force at the date of this contract and of which both parties hereto shall be deemed to be cognisant. Neither party hereto, nor any person claiming under either of them, shall bring any action or other legal proceedings against any other of them in respect of any such dispute until such dispute shall first have been heard and determined by the Arbitrator(s) or Appeal Board (as the case may be), in accordance with the General Produce Rules of Arbitration and Appeal of the Association, and it is hereby expressly agreed and declared that the obtaining of an award from the Arbitrator(s) or Appeal Board (as the case may be), shall be a condition precedent to the right of either party hereto or of any person claiming under either of them to bring any action or other legal proceedings against the other of them in respect of any such dispute. Furthermore all parties to this contract expressly undertake not to bring any legal action against the Association, its Council, Servants, Arbitrators & Appeal Boards arising out of this contract, and jointly and severally hold the Association and others detailed herein harmless against any third party undertaking like action arising out of this contract”.

Sin embargo, y frente al señalamiento precedente, es probable que si el contrato se ejecuta en territorio de un Estado, (como por ejemplo el colombiano que tiene una normativa bastante particular en la materia) esto es, que las mercancías

sean entregadas a clientes en el mismo; en este caso, sin importar si estamos frente a un incumplimiento por parte del comprador y que el proceso deba llevarse en la ciudad de Londres, que sea regulado por el derecho inglés; el laudo que de allí emane, (creemos que) no podrá ser ejecutado (exequátur) en aquel otro Estado (para el caso Colombia, ya que de acuerdo con el artículo 869 del Código de Comercio los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en su jurisdicción serán regulados exclusivamente por el derecho colombiano). En consecuencia, no se producirán efectos jurídicos porque nos encontramos frente a una norma de aplicación imperativa, así como lo es también en este caso la CISG (ley 518 de 1999 en Colombia) la cual fue excluida en el contrato. Entonces, creemos que tal contrato, así como el laudo arbitral que sobre el mismo se produzca, violarían las normas de orden público colombiano.

La competencia jurisdiccional (arbitral) establecida por el GAFTA es relativa en cuanto a la efectividad de sus decisiones ya que el ámbito de aplicación será más reducido que si se trata de otra jurisdicción que ha sido determinada en un contrato regulado por la CISG.

Este asunto no deja ser en cierta manera complejo, ello se puede observar en una sentencia de la Corte de Casación de Suiza [5A 441/2015]. Se trata de un caso donde las partes celebraron un contrato para la venta de trigo a través de un intermediario (corredor), que preveía el arbitraje de la GAFTA en Londres. Sin embargo, ninguna de las partes había firmado realmente el contrato; solo lo había hecho el intermediario (aunque en él no se menciona la capacidad exacta en la que lo hizo).^[5] El vendedor inició una demanda de arbitraje contra el comprador. En ningún momento durante el procedimiento de arbitraje el comprador planteó ninguna objeción jurisdiccional basada en el incumplimiento por una de las partes del requisito de un escrito en el artículo II^[6] de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de 1958, por lo que la Corte le otorgó competencia a dicho tribunal arbitral y reconoció el laudo. Y es que Según la sección 5(5) de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, “(...)el intercambio de documentos en un procedimiento arbitral o legal en los que una parte pone en entredicho la existencia de un acuerdo que no sea por escrito contra otra parte, y sin embargo no lo niega frente a la otra parte en su respuesta, constituye entre esas partes un acuerdo por escrito en el sentido que se alega”.

III. Los Contratos FOSFA

Son una especie de contratos de compraventa internacional que ha sido desarrollados^[7] por la Federación de aceites, semillas y Asociaciones de grasas (*The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations*) – FOSFA, que es una organización de comercio internacional creada en 1971, con sede en Londres, Inglaterra, que facilita y apoya el comercio y el envío global de aceites y grasas vegetales y animales, semillas oleaginosas y sus derivados.^[8] Esta organización cuenta con un sistema contractual propio, así como de resolución de disputas, especialmente a través del arbitraje.

Dentro de sus contratos modelos disponen de alrededor de 56 clases, en especial para aceite de linaza, aceites vegetales y marinos, ácidos grasos, aceite de

oliva, aceite de palma, aceite de cacahuete, aceite de soya, de girasol, aceites crudos y refinados; muchos de ellos se celebran bajo los INCOTERMS FOB; CIF, C&F, Ex Works, y otros términos tales como el *Ex – Silo*, *Ex – Farm*, *CIFFO*, entre otros.

Las cláusulas de la mayoría de sus contratos son bastante similares a un contrato modelo GAFTA en especial las que tienen que ver con el domicilio^[9] y la exclusión del derecho uniforme, en especial de la CISG y sus convenciones integradoras.^[10] Al igual que los contratos GAFTA, los FOSFA son contratos multilaterales (comprador, vendedor, comisionista/s). Si bien lo anterior nos muestra una descripción muy breve de esta figura jurídica, como se ha indicado en este corto ensayo, son una copia de una menor calidad de los modelos GAFTA, por lo que estimamos que no es necesario detenerse mucho en el análisis de las características de estos, ello para no duplicar conceptos.

IV. ¿Puede un contrato GAFTA o FOSFA ser regulado por la CISG?

Esta cuestión no es fácil de responder en un primer momento, toda vez que habrá que partir de la base de determinar con precisión cual es el lugar no sólo de la celebración (*lex loci celebrationis*) así como de la ley del lugar del cumplimiento o la ejecución del contrato (*lex loci executionis*) para definir cuál será el derecho que lo regule.

En principio quien suscribe un contrato bajo el modelo “GAFTA” o “FOSFA” deberá someterse a adoptar todo su contenido contractual, esto es, las cláusulas que han sido determinadas por aquel y en este caso, es muy probable que tenga aplicación directa la cláusula que indica entre otros que: “*The following shall not apply to this contract:... (b) The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of goods of 1980 (c)...*”, es decir una exclusión expresa no solo de la CISG, sino también la ULIS y la de la Prescripción de 1974 con su Protocolo de 1980.

En este caso, el contrato no podrá ser regulado por esta normativa uniforme ya que las partes la excluyeron de manera directa. Ahora, por otro lado, también podrá darse el caso que en un contrato de compraventa internacional de mercaderías (trigo, soja o aceites) las partes frente a la autorización que les brinda el artículo 6° de la CISG la excluyan de manera directa y en su lugar determinen que ese contrato se regulará bajo las reglas GAFTA o FOSFA. Hasta aquí no existe ningún inconveniente ya que los contratantes de manera inequívoca y en uso de su autonomía de la voluntad excluyeron la CISG en favor de las reglas de aquellas otras regulaciones. Sin embargo, nada impide que, frente a lo anterior, las partes celebren un contrato de compraventa de cereales, lo sometan a las normas GAFTA o FOSFA, pero de manera expresa excluyen la cláusula modelo prohíbe la incorporación de la CISG^[11] en cuyo caso estaríamos frente a una regulación híbrida y bastante amplia de dicho contrato.

De igual manera, creemos que tal cuestión sea posible toda vez que los modelos de contratos GAFTA o FOSFA en ninguna para exigen que para que sean válidos y efectivos deberán hacerse conforme a sus formularios y sin posibilidad de excluir ninguna parte que ha sido incorporada en los mismos, ello a pesar de

que cada modelo de contrato se halle protegido por normas de derecho de autor o “*Copyright*”, lo cual creemos protege el modelo de contrato, más no el contenido contractual.

Ahora, aunque no debe ser poco usual, tampoco es imposible que ello se presente, esto es, que se excluyan cláusulas de un contrato modelo y se complementen con otra normativa. En efecto, podríamos traer para este caso el ejemplo de un vendedor de cereales (trigo) en Argentina y un comprador chileno, ambos podrán encontrar más apropiado para su relación obligacional un modelo híbrido entre el GAFTA y la CISG (igualmente con uno FOSFA), que sea más adaptable al contenido del contrato. Es nuestro sentir, pensamos que las partes estiman más conveniente y beneficioso someter el contrato al derecho argentino, el cual junto con el chileno les es más familiar porque se trata de la misma CISG (ambos países ratificaron la normativa uniforme). Igualmente se ha decidido incluir una cláusula compromisoria que excluye la jurisdicción GAFTA^[12] y en favor de un tribunal arbitral local; ello porque no tiene sentido acudir a tribunales de arbitraje ubicados en Inglaterra quienes decidirán exclusivamente en favor de las normas GAFTA y excluirán de plano la normativa CISG.

V. ¿Qué sucede en un contrato GAFTA o FOSFA si hay ausencia de ley aplicable?

Si las partes en su relación comercial celebran un contrato con estas características, pero en el contenido del mismo se nota que existe una ausencia de selección de un derecho aplicable (porque se excluye la cláusula *Domicile*); entonces surge la cuestión de saber ¿cómo se deberá regular tal relación? Si bien estimamos que ello no sea un hecho significativo que genere algún conflicto o incumplimiento, si es necesario poder determinar con algún grado de certeza tal derecho. Y es que parece ser una tendencia que cualquier contrato de compraventa de cereales, aceites u otros productos usualmente negociados bajo estos modelos, indefectiblemente será sometido a tales regulaciones, esto es, GAFTA o FOSFA, aunque por sus características se trate más de una compraventa bajo los parámetros CISG.^[13]

Ahora, una cuestión algo compleja es el hecho que dos partes, el vendedor en Ucrania y el comprador en Colombia, ambas celebren un contrato de compraventa de 200 toneladas de trigo para entrega en Cartagena de Indias (lugar de ejecución) e incluyen una cláusula arbitral,^[14] pero no mencionaron ni adoptaron el modelo GAFTA (o FOSFA), lo que hace presumir que deberá someterse a la regulación CISG ya que ambos Estados son parte de tal normativa uniforme. La pregunta que aquí surge es de saber ¿sí ese tribunal arbitral con sede en Londres, que está diseñado para aplicar casi que exclusivamente la regulación GAFTA, prescinda de la misma y se incline a favor de la CISG?

A nivel regional latinoamericano podemos observar el tratamiento que recibe el tema de la ausencia de la ley aplicable al contrato, el cual como se podrá observar en países tales como Argentina, es el artículo 2652 del Código Civil y Comercial de la Nación el que señala que respecto a dicho asunto, será “(...) En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento”. En similar sentido el artículo 48 de

la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay,^[15] el artículo 9º del Decreto- LEI No. 4.657 del 4 de septiembre de 1942,^[16] el artículo 2095 del Código Civil Peruano,^[17] artículo 30 Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado,^[18] El artículo 69 de la Ley N° 26 - Modifica la Ley N° 7, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá,^[19] El artículo 60 de Ley 544-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana^[20] y el artículo 84 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de la Nación Mexicana^[21] entre otros.

En este aspecto puede señalarse que los contratos GAFTA o FOSFA funcionan como una especie de legislación privada que rige un sector muy particular del comercio internacional; aunque dichos contratos en principio pueden complementarse con disposiciones especiales, las mismas rara vez alteran el carácter del contrato, ya que puede considerarse más como un contrato de adhesión (estándar), pero no de tipo unilateral, sino dual. Lo anterior puede abrir una puerta para que tales contratos puedan ser posteriormente revisados por los tribunales. En el caso del derecho anglosajón donde impera la doctrina del precedente, la jurisprudencia vinculante sobre el significado de las cláusulas contractuales les otorga una gran seguridad y estabilidad jurídica cosa que no sucede en otros ordenamientos jurídicos.^[22]

Y es que no es de extrañar que la oposición del Reino Unido para hacer parte de la CISG provenga directamente de los responsables del GAFTA^[23] quienes con su implementación verían amenazado su monopolio (casi un 80% del comercio mundial de granos) en el campo de los contratos de mercancías denominadas “secas” como son los granos y otros alimentos. No en vano, todos los contratos GAFTA excluyen de manera expresa la inclusión de la CISG. También caen bajo el mismo rasero los INCOTERMS^[24] que son excluidos de forma manifiesta, con una excepción del FOB y CIF que si son incluidos en dichos contratos.

Un prueba de lo que venimos de afirmar es que tal cuestión se halla en un documento establecido por la London-based Financial Markets Law Committee (“FMLC”) donde en un estudio que hace sobre la factibilidad de acoger la CISG por parte del Reino Unido se indicó entre otros que: “(...) *the FMLC took care to note that the adoption of the CISG might “jeopardize” the UK’s “special position” in the world legal order and “bring with it a risk that London would lose its edge in international arbitration and litigation”.*^[25] Otro estudio,^[26] indica que el derecho inglés es el más utilizado en la contratación internacional moderna, cuestión que el día de hoy puede ser rebatida.

El hecho que el GAFTA y el FOSFA hayan sido creados y continúen en la ciudad de Londres, Inglaterra, nos indica su inclinación hacia los principios en los cuales reposa la filosofía de la *Common Law*. Sin embargo, en materia contractual internacional no todas las disposiciones acogen tales principios. Una cuestión en la que divergen los contratos GAFTA y los del *Common Law* inglés es el “deber de mitigar” las pérdidas. Según este último cuando una parte incumple un contrato, se esperaba que la parte que no lo hizo tome medidas para minimizar su pérdida. Si la parte que no incumplió no pudo minimizar o mitigar sus pérdidas, entonces esa parte no podrá recuperar la totalidad de sus daños. En el derecho norteamericano tal doctrina se encuentra en el Restatement Second el cual entre otros señala que: “*As a general rule, a party cannot recover damages for loss that*

he could have avoided by reasonable efforts. Once a party has reason to know that performance by the other party will not be forthcoming, he is ordinarily expected to stop his own performance to avoid further expenditure".^[27]

Por otro lado, en el caso de México y Venezuela, los únicos dos estados que han ratificado la Convención de México (Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales celebrada en México el 17 de marzo de 1994), se establece en su artículo 14 que "el derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: ... c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato".

Ahora, si bien se trata de una aplicación bastante restringida, solamente para dos Estados, podemos observar cómo en ausencia de un derecho seleccionado por las partes, tal como lo indica su artículo 7º, entonces el juez o el árbitro deberá aplicar aquel derecho del Estado con el que tenga unos vínculos más estrechos con el contrato o darle aplicación al artículo 10º que determina que: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

Por otro lado, para aquellos Estados que hacen parte del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 es claro que la autonomía de las partes para elegir un derecho aplicable a su relación contractual es bastante restringida. Sólo su vez una autorización un poco más amplia en el artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de 1940, que permite a las partes designar una ley diferente de la *lex contractus* determinada, siguiendo las directrices del Tratado de Derecho Civil Internacional; más dicha facultad de elegir otra ley es bastante restringida, ya que sólo puede ejercerse en la medida en que así lo autorice la *lex contractus*.^[28]

VI. El incumplimiento contractual. CISG vs GAFTA – FOSFA

Es normal que cualquier normativa contractual internacional, sea unificada o armonizada, establezca al interior de estas una sección para regular todo lo concerniente al incumplimiento de las obligaciones, por una o ambas partes. En el caso de la CISG tal cuestión es bastante más completa que en las otras regulaciones que aquí se estudian, en efecto existe una sección para el incumplimiento de cada parte en particular, esto es, el vendedor^[29] o el comprador;^[30] cosa diferente sucede en los contratos GAFTA o FOSFA donde la mención se hace sin distinción para cada una de ellas,^[31] y donde además aparece una tercera parte que es el comisionista -Broker – para quien no queda clara cuáles serán las causales de incumplimiento de su parte y sus consecuencias.

Una de las curiosidades que conlleva la aplicación del derecho inglés sobre la materia, es que el mismo a diferencia del derecho continental, y en

especial de la CISG, es reacio a implementar una figura clásica del derecho contractual internacional como es el Nachfrist o plazo suplementario de duración razonable.^[32] Ya que una vez se presenta el incumplimiento, no hay otro camino que resolver el contrato y pedir el pago de indemnizaciones y perjuicios.^[33] En este sentido tenemos una excepción y son los contratos GAFTA que sí lo establecen, y lo hacen de una manera más precisa que la CISG, ya que lo determinan de forma detallada;^[34] sin embargo, no sucede lo mismo con los contratos FOSFA.^[35] los cuales aplican de manera draconiana los postulados del Sale of Goods Act.

Frente al incumplimiento contractual es pertinente indicar que el mismo se presenta esencialmente en la etapa de la ejecución del contrato,^[36] en cuyo caso deberá existir una normativa que regule la manera en que se da tal incumplimiento y los remedios que prevé el derecho aplicable para el mismo. Esta última cuestión puede acarrear alguna clase de inconvenientes, en especial, cuando el derecho aplicable a la ejecución del contrato sea el de un Estado que de manera imperativa someta la misma a su derecho nacional^[37] y no el escogido por las partes.

VI.1. La cuestión de la Force Majeure

Respecto a la ejecución contractual podemos observar que existen hechos o situaciones que impiden el normal desarrollo de la misma. En el derecho contractual internacional existe una figura jurídica que ha venido cobrando mucha importancia en los últimos tiempos y es aquella a la cual la doctrina francesa ha denominado la *force majeure*, y que por su lado su homóloga inglesa ha desarrollado en un término bastante cercano que lo llama *Hardship*. Tratar este tema con algún nivel de rigor desbordaría el propósito del presente escrito por lo que simplemente nos detendremos a hacer una breve descripción del mismo y su tratamiento en las regulaciones que aquí se vienen abordando.

La CISG ha indicado en el inciso 1º de su artículo 79 que: “1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias (...)”.

Por su lado los contratos GAFTA tienen una definición propia de tal figura, la cual es descrita con bastante pertinencia, lo cual es a la vez algo curioso ya que los mismos se desarrollan casi que exclusivamente a la luz del derecho inglés (*Common Law*) donde se utiliza de preferencia el término *Hardship* en lugar del *Force Majeure*. De igual forma encontramos en dicha cláusula su regulación al efecto la cual es común a todos los contratos modelos que tal organismo ha implementado, y que indica entre otros que:

“Event of Force Majeure” means (a) prohibition of export or other executive or legislative act done by or on behalf of the government of the country of origin or of the territory where the port or ports named herein 248 is/are situate, restricting export, whether partially or otherwise, or (b) blockade, or (c) acts of terrorism, or (d) hostilities, or (e) strike, lockout or combination of workmen, or (f) riot or civil commotion, or (g)

breakdown of machinery, or (b) fire, or (i) ice, or (j) Act of God, or (k) unforeseeable and unavoidable impediments to transportation or navigation, or (l) any other event comprehended in the term "force majeure".

Should Sellers' performance of this contract be prevented, whether partially or otherwise, by an Event of Force Majeure, the performance of this contract shall be suspended for the duration of the Event of Force Majeure, provided that Sellers shall have served a notice on Buyers within 7 consecutive days of the occurrence or not later than 21 consecutive days before commencement of the shipment period, whichever is later, with the reasons therefor.

If the Event of Force Majeure continues for 21 consecutive days after the end of the shipment period, then Buyers have the option to cancel the unfulfilled part of the contract by serving a notice on Sellers not later than the first business day after expiry of the 21-day period.

If this option to cancel is not exercised then the contract shall remain in force for an additional period of 14 consecutive days, after which, if the Event of Force Majeure has not ceased, any unfulfilled part of the contract shall be automatically cancelled.

If the Event of Force Majeure ceases before the contract or any unfulfilled part thereof can be cancelled, Sellers shall notify Buyers without delay that the Event of Force Majeure has ceased. Sellers shall be entitled, from the cessation, to as much time as was left for shipment under the contract prior to the occurrence of the Event of Force Majeure. If the time that was left for shipment under the contract is 14 days or less, a period of 14 consecutive days shall be allowed.

A su vez los contratos FOSFA también aportan su propia definición, la cual es aplicable a sus diferentes denominaciones; Tal descripción, aunque no es tan amplia como la de los contratos GAFTA si establece de manera clara cómo debe abordarse la misma. En efecto, la misma determina que:

"FORCE MAJEURE: Should Sellers be prevented from making physical delivery of the material sold, or Buyers from taking delivery by reason of Act of God, strikes, lockouts, riots, civil commotions, fires or any other cause comprehended by the term Force Majeure, the time of delivery shall be extended until 15 days after the operation of the cause of prevention has ceased. The party invoking this clause shall notify the other party within 5 business days of the occurrence or the first business day of the delivery period whichever is the later and shall furnish proof of prevention if required. Should such cause exist for a period of 60 days beyond the contract period, the contract or any unfulfilled part thereof so affected shall be cancelled. In case of default after extension, the default date shall be similarly deferred".

Podemos ver como en las dos situaciones anteriores se establece de manera clara la figura del *Nachfrist* la cual no es muy o casi inexistente en el derecho inglés ya que este último es muy proclive a la resolución automática del contrato evitando que existan plazos suplementarios otorgados a la parte que incumple con sus obligaciones. Tanto la *Force Majeure*, como el *Nachfrist* han estado muy presentes en la situación contractual internacional de los últimos años, toda vez que eventos tales como la pandemia del COVID 19 y la guerra en Ucrania conllevaron a una serie de incumplimientos contractuales que fueron consecuencia directa de las asimetrías que estos dos sucesos o situaciones trajeron para el comercio global.

VII. La resolución de conflictos en los contratos de compraventa internacional de granos y aceites

En materia de resolución de conflictos surgidos como consecuencia de un incumplimiento contractual en una relación internacional donde se negocien esta clase de mercaderías, no está definido o determinado de manera precisa; al menos en los contratos CISG, cuál será el tribunal competente para conocer de los mismos. Las partes pueden optar libremente por escoger a los jueces o a los árbitros o a los mediadores. Sin embargo, tal cuestión si tiene marco definido en la regulación GAFTA y la FOSFA la cual establece de manera directa el mecanismo para resolver disputas que surjan de sus contratos modelo.^[38]

Para tales normativas no hay otra opción que el arbitraje, el cual debe ser en Londres (o de manera opcional donde las partes elijan; - *or elsewhere if so agreed* - sin embargo, ello es poco probable por la tradición que allí impera la cual es raras veces excluida) el cual ha de llevarse bajo sus reglas, y que está enmarcado en la rúbrica de arbitrajes de productos básicos. Una característica destacada de los arbitrajes sobre materias primas es que las partes de un contrato buscan la opinión de un experto que no es necesariamente un profesional del derecho o del arbitraje. Esta peculiaridad ha llevado a algunos comentaristas a concluir que la palabra "arbitraje" no es adecuada para la caracterización de este mecanismo porque la opinión emitida por el tercero no tiene carácter de laudo. De hecho, la función del tercero experto en arbitrajes sobre materias primas a menudo puede ser más amplia que la de un árbitro convencional, en particular, en los casos en que tiene que decidir si debe haber una reducción del precio o si el proveedor debe resolver el daño resultante, de la mala calidad de los productos. Además, los arbitrajes sobre materias primas se caracterizan por procedimientos rápidos, informales y confidenciales para resolver conflictos entre las partes en el contrato.^[39]

En este sentido hay que tener presente que además de la cláusula de arbitraje, todos los contratos de la GAFTA y FOSFA contienen una cláusula de domicilio que establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales ingleses para la aplicación de medidas accesorias lo que excluye la intervención de cualquier otro tribunal no inglés.^[40]

Tampoco debe olvidarse que tanto los contratos GAFTA como FOSFA incorporan una cláusula de exclusividad denominada "Scott-Avery",^[41] que prohíbe a las partes iniciar acciones o procedimientos legales en cualquier otro foro hasta que la disputa haya sido escuchada y resuelta por los árbitros o por un tribunal de apelación y de acuerdo con las Reglas de Arbitraje.^[42]

Es importante entender que este tipo de cláusulas no excluye la jurisdicción de los tribunales, ya que eso sería ilegal, lo que simplemente define es que las partes han acordado acudir en primer lugar, y para resolver cualquier litigio ante los árbitros. Por lo general, esto significa que las partes solo pueden solicitar la asistencia del tribunal si existe un error de derecho o si es necesario tomar medidas urgentes, como una orden judicial.

En este contexto se debe observar que, si una de las partes acude a los tribunales ingleses a solicitar cualquier medida provisional o de reparación, la misma será efectiva sólo si su contraparte tiene activos patrimoniales en la jurisdicción de aquellos tribunales, pero corre el riesgo de perder con ello la oportunidad de

solicitar esas medidas ante un tribunal o autoridad extranjera en cuyo territorio si existen activos que puedan respaldar tales medidas o pretensiones. Lo anterior no sucedería en el evento que el contrato haya sido sometido a la CISG, caso en el cual la cuestión arbitral o jurisdiccional no tendría ese carácter de “imperatividad” que, si conllevan los contratos bajo el modelo GAFTA, y se podría determinar con antelación el patrimonio de las partes en el evento que haya que acudir a solicitar medidas cautelares para respaldar las obligaciones que emanen de la sentencia o laudo.

Por otro lado, es preciso anotar que a diferencia de lo que sucede con un arbitraje donde se conozca de un litigio relativo a la CISG, es que éste frente a uno GAFTA se podrá estar en desventaja, ya que en este último sus arbitrajes son confidenciales y sus resultados rara vez pasan al dominio público. Esta es una virtud de esta clase de procesos, porque las partes del arbitraje pueden no estar dispuestas a divulgar sus resultados debido al daño que se podría presentar a la reputación en tal medio comercial al producirse una decisión arbitral adversa.

Es claro igualmente indicar que un laudo dictado por un tribunal arbitral bajo el sistema GAFTA o FOSFA por lo general será ejecutado a través de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que ha sido adoptada por más de 145 países. Sin embargo, habrá que ver y de acuerdo con el Estado donde se pida la ejecución como será aquel reconocimiento toda vez que el laudo deberá adecuarse a las normas de orden público locales, y podrá darse el caso que en determinado país se exige que sólo los laudos proferidos por un tribunal arbitral donde los árbitros sean exclusivamente juristas y abogados, y no técnicos serán reconocidos.

De la misma manera sucederá con la ley que se aplicó al litigio, lo que puede generar una controversia, donde los tribunales locales pueden sentirse inseguros al momento de ejecutar un laudo basado en un derecho que generalmente no se reconoce por ser más que judicial es técnico. También creemos que no sucederá lo mismo en caso que no se acuda a un contrato bajo el modelo GAFTA, porque si las partes elaboran un contrato tipo estándar, y en él establecen una cláusula atributiva de jurisdicción con remisión directa a los tribunales arbitrales GAFTA, en este caso sería una cuestión bastante complicada en el sentido que aquellos deberán emitir su veredicto a la luz del derecho local que resulte aplicable, y si a lo anterior se le suma el hecho que los árbitros del GAFTA no son juristas sino técnicos, entonces habría una gran confusión respecto a la validez o no de su laudo.

VIII. Regulación de la costumbre mercantil y los usos del comercio en los contratos CISG, GAFTA (FOSFA)

Respecto al tema que aquí se aborda se puede indicar que la *lex mercatoria* si bien existe desde antes de la Edad Media, período en el cual se acuñó su concepto, y que durante muchos años desaparecería por el influjo que trajo la nacionalización de las leyes comerciales; ella volvería nuevamente en escena a partir de la segunda mitad del siglo XX donde el auge del comercio internacional permitió que los comerciantes (industriales) crearan nuevamente su sistema de normas para regular y resolver sus negocios y litigios, tratando de excluir a los

derechos nacionales y sus tribunales del manejo de sus disputas, entregándoselas a esa llamada “*nova lex mercatoria*” y a los colegiados de arbitraje.^[43]

El término *lex mercatoria .pede pulveroso*) apareció por primera vez en un Manual de Derecho Inglés titulado “*Fleta, seu Commentarius juris anglicani*”, aparecido alrededor del año 1290 durante el reinado de Eduardo Primero. En el año de 1622 Gerard Malynes retomaría este texto y en su introducción señalaría que:

“I have intituled the Booke, according to the ancient name of the Lex Mercatoria, and not Ius Mercatorum; because it is a Customary Law approved by the autoritie of all Kingdomes and Common Weales and not a law established by the Souveraigntie of any Prince, either in the first foundation or by continuence of time. ... because the same doth properly consist of the Costome of Merchants in the course of Trafficke, and is approved by all Nations, according to the definition of Cicero, Vera Lex est recta Ratio, Natura concruens, diffusa in Omnes, Constans, Sempiterna”.^[44]

Para Baddack, existen muchas similitudes entre un tribunal mercantil medieval y los tribunales arbitrales de hoy. En primer lugar, los tribunales de comerciantes también estaban compuestos en parte por comerciantes y no por juristas. En segundo lugar, los tribunales medievales también aplicaron una ley transnacional adaptada a las necesidades de los negocios internacionales y el uso comercial. Por lo tanto, la ley que se aplicó era diferente de la ley aplicada por los tribunales de derecho consuetudinario. Los tribunales arbitrales, a diferencia de los jueces nacionales, no siempre están obligados a aplicar ninguna ley nacional, no tienen *lex fori* y disponen de mayor libertad que los tribunales nacionales. Finalmente, la ley mercantil medieval era, como los laudos arbitrales de hoy, en gran parte auto reforzante. Los comerciantes casi nunca se negaron a cumplir con las sentencias de los tribunales, ya que podían arriesgar su reputación y quedar excluidos de la participación en las ferias comerciales. Al igual que los tribunales nacionales de hoy, el soberano medieval rara vez fue llamado para hacer cumplir la decisión de un tribunal de comerciantes.^[45]

En el día de hoy y frente a la cuestión de los usos comerciales, se puede apreciar que alguna de las particularidades que pueden tener los contratos de compraventa de materias primas o cereales en el comercio internacional es que sólo en principio se sabe quién es el comprador y el vendedor; ello porque muchas veces estos contratos se convierten en una cadena de contratos.

Desde el momento en que son despachadas las mercaderías hasta que llegan al cliente (comprador final) pueden haber sido negociadas varias veces, (no debe olvidarse que las mismas se representan en documentos negociables B/L) por lo que se pierde la identidad inicial de las partes. Lo anterior puede ser algo problemático, ya que si se establece en el contrato inicial que las mercancías debían descargarse en el puerto de Zona Libre de Panamá (CFZ), pero en una negociación durante su transporte, se indica que ya no será aquel puerto sino el de Cartagena de Indias (CTG); aquí por un uso comercial, la ejecución contractual se sustrae de una jurisdicción y entra en otra. Si el contrato se celebra bajo el modelo GAFTA lo anterior no tendría relevancia ya que de antemano se sabe que la jurisdicción en primer lugar pertenece a los árbitros y a su sistema. Sin embargo, no sucederá lo mismo si se trata de un contrato del tipo CISG, en cuyo caso habrá que determinar tanto tribunal competente, como derecho aplicable.

Otro de los ejemplos más palpables sobre los usos o costumbres comerciales, son aquellos que se evidencian al interior del mundo GAFTA y FOSFA, donde sí una de las partes resulta perdedora y se niega a cumplir o acatar un laudo del tribunal en primera o segunda instancia, los Consejo Directivos de ambas^[46] puede publicar en el aviso al interior de la misma asociación, en su sitio web y/o hacer circular entre sus miembros de cualquier manera una nota (publicidad adversa) donde se pone de presente el comportamiento de aquella parte que no quiere cumplir, es decir, lo incluyen en una “lista negra” y en consecuencia quedará excluido de cualquier relación futura con miembros y bajo aquel sistema. En muchos ordenamientos jurídicos latinoamericanos (por ejemplo el colombiano)^[47] tal cuestión está prohibida porque se considera que afecta el buen nombre y la reputación de las personas, norma que se le conoce como el *habeas data*.

Frente a la aplicación de los usos o la costumbre comercial internacional (*lex mercatoria*) podría surgir la cuestión de saber lo que sucedería en el evento donde en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, las partes (vendedor Canadá, comprador Colombia) omitieron señalar la ley aplicable en un contrato para la compra de 20 toneladas de lentejas. En principio se podría pensar que al ser Canadá como Colombia partes en la Convención de Viena sobre la materia, se entendería que ese es el derecho aplicable. Sin embargo, hay un problema cuando una de las partes alega que el contrato se rige por las reglas GAFTA ya que, de acuerdo con sus propios argumentos, el artículo 9 de la CISG lo permite al establecer que: 1) las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas; 2) salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Este asunto tiene algún nivel de complejidad, ya que en cuanto a las definiciones que aporta la CISG, no determina en ellas lo que ha de entenderse por “uso”; por eso en muchas ocasiones se ha podido señalar que el artículo 9º hace referencia a la forma o costumbre de hacer los negocios en ese ámbito preciso, en especial cuando se trata de someter el contrato a una normativa particular, por lo que queda difícil saber cuál es la regulación aplicable, esto es, la CISG o la GAFTA.^[48]

Frente a esta posición, algunos autores como Albrektsen, sostienen que “si las partes no han excluido expresamente el uso, entonces los usos comerciales se aplican al contrato y entre las partes. El artículo también establece que las partes deben haber sabido o deberían haber sabido sobre el uso. El uso debe ser ampliamente conocido u observarse regularmente en el comercio internacional. En la práctica judicial, esto se ha descrito como que requiere que el uso sea local o internacional, pero todavía requiere que las partes ‘tengan establecimientos comerciales en el área geográfica donde se establece el uso o realicen transacciones comerciales continuamente dentro de ella’”.^[49]

Por eso, en el evento que las partes en su relación contractual (que por su naturaleza cae dentro del espectro de los contratos GAFTA o FOSFA) hayan escogido un foro de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3º del Convenio

de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (que de entrada excluye el arbitraje y riñe con la Convención de New York de 1958),^[50] pero donde sin embargo, de acuerdo con el derecho aplicable al mismo, se intuye que deberá someterse a la CISG, entonces en ese caso, ¿deberán los jueces seguir los postulados de la normativa uniforme?

En este caso creemos que la respuesta es positiva, no obstante, debe tenerse presente que cabe la posibilidad que en concordancia con el artículo 9, no se dé aplicación a la normativa internacional, sino que por la particularidad del contrato (compraventa de granos o aceites) se aplique el derecho inglés que se determina entorno a la utilización de los contratos GAFTA o FOSFA en tanto un uso del comercio internacional que de manera implícita viene incorporado en aquel contrato.^[51]

En este aspecto, no sobra precisar que entre las normas GAFTA y el derecho contractual inglés hay una gran cercanía, ya que ambos no sólo son muy pragmáticos, sino que se enfocan una práctica netamente comercial. Lo anterior es muy apreciado por los actores que confluyen en ese mercado tan particular como es especialmente el de los granos y piensos, donde existe una predisposición a negociar rápidamente los términos y condiciones básicos sin depender mucho de los documentos escritos sino de la credibilidad de los socios comerciales. En este sentido el derecho inglés es bastante proclive a dicha tendencia, y la promueve otorgándole mayor importancia al contenido de las comunicaciones entre las partes que a la evidencia escrita de la expresión de la voluntad, es decir, cartas o acuerdos con firmas y sellos, que son de suma importancia en otros ordenamientos jurídicos en especial los latinoamericanos.

En el derecho comparado y frente a esta cuestión se puede observar como el literal c) del artículo 964 (en concordancia con el artículo 2652) del Código Civil Argentino indica que: “los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

A su vez, la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, el artículo 31 indica que “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los Principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Para el caso del Uruguay el artículo 51 de la Ley 19920 General de Derecho Internacional Privado señala que: “Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley”. A su vez el artículo 85 del Proyecto de ley mexicana de Derecho Internacional Privado indica que “Tratándose de los contratos, además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Frente a lo que aquí expuesto hay que señalar que también ambas normativas pueden ser aplicadas en tanto que usos o costumbre comercial internacional, ya que, en ausencia de una ley expresamente indicada por las partes en un contrato internacional con estas características, es probable que tanto el juez como los árbitros acudan a una de estas reglamentaciones cuando así lo determinen sus normas de derecho internacional privado,^[52] en especial cuando se prevea en lugar de una ley, un uso o costumbre internacional.^[53]

Tal aplicación dependerá igualmente de la jurisdicción donde se ponga en entredicho; porque si es en el Reino Unido, será indefectiblemente la normativa GAFTA o el *Sale of Goods Act* de 1979; en otro país, creemos que tenga aplicación la normativa CISG.

IX. Reflexiones finales

Desde antes que entrara en vigor la CISG, los ingleses se habían posicionado como los abanderados en la materia, esto es, que para ellos los contratos internacionales de compraventa de mercaderías (*commodities*) se regulan a nivel global no sólo por el derecho inglés, sino que también que sean sus tribunales los llamados a conocer de litigios relacionados con el tema.

Por eso no es casual que algunas de las mercancías más relevantes en el comercio mundial como son los granos, sus derivados y los aceites se negocien en los contratos modelos desarrollados por organizaciones inglesas como lo son GAFTA y FOSFA. Para acentuar su posición, los doctrinantes ingleses (*Establishment*) han desarrollado una campaña “publicitaria” indicando que la mejor plataforma para difundir y desarrollar aquella clase contratos la tienen ellos. Por eso, ante tal influencia, no es gratuito el hecho que muchos abogados en el mundo prefieran el derecho inglés antes que la misma CISG para regular un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Esta cuestión se puede encajar en las preguntas que se hace Spagnolo:

- *“Why do lawyers in some jurisdictions continue to ‘automatically’ exclude the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in their choices of law for international sales contracts?”*

- *“Why do lawyers in other jurisdictions approach the decision very differently? Why do standardized commodity contracts universally opt out of the CISG?”^[54]*

Una respuesta a lo anterior podría ser que las razones que esgrimen algunos abogados especialistas en comercio internacional es que la CISG no les es tan familiar como el GAFTA o el FOSFA para esa clase de contratos. Por otro lado, se presume que para ellos utilizar la CISG es finalmente más costoso en términos de tiempo y de costos que ha de asumir las partes.

En este contexto estimamos que se tratará meramente de una cuestión de adaptabilidad a una normativa en particular más que de una imposibilidad normativa, ya que será más fácil llenar un contrato proforma que elaborar uno de manera integral. También en este aspecto se podrá también indicar que la fuerza de negociación probablemente influye en la elección de la ley en al menos el 26% de los casos. Una contraparte con un poder de negociación superior con frecuencia obtiene su elección de ley preferida, simplemente porque puede

hacerlo. Incluso si el abogado que actúa en nombre de la parte más débil quiere que se aplique la CISG, este a menudo tendrá pocas opciones.^[55]

Por otro lado, es sumamente importante tener en cuenta que los arbitrajes llevados al seno y bajo las reglas del GAFTA y FOSFA son conducidos usualmente por personas con experiencia en el sector agroalimentario, más no por juristas o abogados (a diferencia de los litigios CISG, estos son conducidos por jueces y árbitros que tienen formación primeramente jurídica y luego técnica), lo cual nos indica que en tales asuntos tiene más relevancia la cuestión técnica que la jurídica. Lo anterior puede tener algún inconveniente al momento de llevar a cabo el reconocimiento del laudo en un Estado donde sea una cuestión de orden público el hecho que los laudos deban ser proferidos por árbitros con una formación netamente jurídica, y no simplemente técnica, que para el efecto actuarían más como auxiliares de los árbitros que como ellos mismos.

Es bien sabido que la ciudad de Londres alberga instituciones específicas de la industria alimenticia como la Asociación de Azúcar Refinada (RSA), la Federación de Asociaciones de Aceites, Semillas y Grasas (FOSFA), la Bolsa de Metales de Londres (LME), la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres (LMAA), *London Rice Brokers* (LRBA), *Cocoa Association of London Limited* (CAL) y *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), lo cual facilita que las actividades y contratos relacionados con aquella clase de materias primas se lleven a cabo en tal territorio. Sin embargo, ello no indica que todos los contratos de compraventa internacional de mercaderías (*commodities*) se tengan que celebrar allí y bajo sus modelos; estimamos que la CISG tienen una mejor estructura y brinda mejores garantías tanto legales como económicas.

Una de las razones o argumentos que al parecer tiene el GAFTA y el FOSFA frente a los contratos CISG y su exclusión de estos, es que tal instrumento convencional tiene un número significativo de reservas y declaraciones de los países ratificantes (84 al 2022), lo que, debido a la naturaleza de las normas en materia de comercio internacional de granos y alimentos para animales, se podría presentar problemas en el caso que dos países miembros tengan reservas diferentes.

Y es que, a nuestro entender, no tiene sentido que dos partes ubicadas en Estados el mismo continente, donde un comerciante del primero vende un cargamento de granos al otro en el segundo, y en el contrato se establece que la entrega (ejecución) se hará en territorio de este último, pero que el mismo será regulado exclusivamente por las normas GAFTA. Lo anterior, aunque parezca común, puede traer inconvenientes, ya que es previsible que, si no se ha establecido un tribunal competente, las partes, van a acudir a sus tribunales locales, en lugar de comparecer ante sus homólogos al otro lado del Atlántico quienes probablemente van a someter la solución de cualquier litigio al derecho inglés, el cual es desconocido en aquellos dos territorios ubicados en otro continente.

En una situación tan particular como son los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, ¿Pueden las partes en uso de la autonomía de su voluntad sustraerse a sus leyes locales y someterse a las normas impuestas por una organización las cuales van a tener efectos sobre el ordenamiento jurídico local? Creemos que tal cuestión es relativamente posible ya que si bien todas las regulaciones aquí abordadas, esto es, CISG, GAFTA y FOSFA lo permiten,

ello no implica que así suceda con el derecho nacional. Para este caso tomemos el ejemplo del ordenamiento jurídico colombiano. En Colombia no existe una norma expresa que permita a las partes escoger un derecho aplicable a su relación contractual (internacional), ello porque este país, como muchos otros de la región no ha adoptado la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (es de carácter regional), que en su artículo 7 define este asunto.^[56]

La sola excepción, o al menos la más palpable, la trae el artículo 6 de la CISG (Ley 518 de 1999) que permite a las partes que hagan uso de su autonomía de la voluntad (“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”). En este sentido, se podrá excepcionar la aplicación de la CISG en favor del GAFTA o el FOSFA. Sin embargo, cualquier decisión que emane de alguno de sus tribunales y que esté relacionada con la ejecución del contrato (en caso de que el mismo deba ejecutarse en Colombia, por ejemplo: la entrega de las mercaderías en su territorio), no podrá ejecutarse, ya que existe una norma de carácter imperativo^[57] que prohíbe que cualquier contrato celebrado en exterior que deba ejecutarse en Colombia se regulará por el derecho colombiano. Seguramente en algunos otros países de la región podrán existir dificultades, no sólo con la ejecución de los contratos tipo GAFTA o FOSFA, sino en cuanto al reconocimiento de laudos o sentencias emanadas de los tribunales arbitrales y jurisdiccionales ingleses; de igual manera cuando se trata de permitir la implementación de medidas cautelares solicitadas por estas autoridades extranjeras.

Es curioso apreciar que si bien la CISG es una normativa uniforme bastante universal, la misma tiene una aplicación restringida en cuando al comercio mundial de mercaderías, ya que todas aquellas que están relacionadas con el consumo (nutrición) humano y animal casi que indefectiblemente se regularán por las normativas GAFTA y FOSFA las cuales están inmersas en una especie de “Club Social” privado, donde un selecto grupo de operadores y técnicos deciden y dirigen el mundo contractual internacional donde aquéllas fluyen y se negocian. Los privados le van ganando el pulso a UNCITRAL.

Bibliografía

ALBORNOZ, M.M. (2009). “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 42, (nº 125).

ALBREKTSSEN, A. T. (s/f). CISG and party autonomy. Can the parties to a contract for the sale of goods implicitly exclude the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods?, file:///D:/Art%C3%ADculo%203/GAFTA/Art%C3%ADculos/CISG_and_Party_Autonomy__Can_the_parties_to_a_contract_implicitly_exclude_the_ap

AYOĞLU, T. (s/f). Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria. Galatasaray University Law Faculty- Department of Commercial Law, https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/tolga_ayoglu.pdf

- BADDACK, F. (s/f). Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration, file:///D:/Art%C3%ADculo%203/GAFTA/Art%C3%ADculos/Baddack_LLM_2005%20TESIS.pdf
- BRIDGE, M.G. (2021). “The CISG and Commodity Sales: A Relationship to be Revisited?”, *Singapore Journal of Legal Studies*.
- COVO, J. (2021). “The ‘Date of default’ Concept of the FOSFA and GAFTA Agribusiness Standard Form Contracts as Basis for Examining the Consequences of a Repudiatory Breach”, *ASA Bulletin*, vol. 39, (nº 1).
- CHAPMAN, B. (1986), “FOSFA International Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 2, (nº 4).
- DE MALYNES, G. (2014). “Consuetudo vel lex mercatoria, or the ancient law merchant”. En: The Lawbook Exchange, Ltd., t. I.
- KOZOLCHYK, B. (2016). “The modernization and harmonization of the commercial law in the twenty-first century: the need for a new research and drafting methodology”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 33, (nº 1).
- OXERA. The value of English Law, <https://legaluk.org/wp-content/uploads/2021/09/The-value-of-English-law-to-the-UK-economy.pdf>
- POLOVETS, I., SMITH, M. y BRADLEY T. (2013). “GAFTA arbitration as the most appropriate forum for disputes resolution in grain trade”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 30, (nº 3).
- SPAGNOLO, L. (2010). “Green Eggs and Ham: The CISG, Path Dependence, and the Behavioural Economics of Lawyers’ Choices of Law in International Sales Contracts”, *Journal of Private International Law*, vol. 6.
- STANIVUKOVIĆ, M. (s/f). Choice of Court Convention (HCCC) and arbitration, <https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr18god9/3.pdf>
- TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE K. (2011). “*Scott v Avery* Clauses: O’er Judges’ Fingers, Who Straight Dream on Fees”, *Arbitration*, (nº 77).

Notas

[1]22/07/2022.

[2]Entre estos se encuentran Bolivia, Panamá, Venezuela.

[3] *Grain and Feed Trade Association*.

[4]Domicile. “(...) *For the purpose of any legal proceedings each party shall be deemed to be ordinarily resident or carrying on business at the offices of The Grain and Feed Trade Association, England, (GAFTA)*”.

[5]Al parecer es un uso comercial ampliamente aceptado en el ambiente de los contratos GAFTA donde el intermediario firma los contratos por las partes y éstas posteriormente lo ratifican.

[6]1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al

arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

[7] A imagen y semejanza del GAFTA

[8] <https://www.fosfa.org/about-us/>

[9] *This contract shall be deemed to have been made in England and the construction, validity and performance thereof shall be governed in all respects by English Law. Any dispute arising out of or in connection therewith shall be submitted to arbitration in accordance with the Rules of the Federation. The serving of proceedings upon any party by sending same to their last known address together with leaving a copy of such proceedings at the offices of the Federation shall be deemed good service, rule of law or equity to the contrary notwithstanding.*

[10] *The following shall not apply to this contract: (a) the Uniform Law on Sales and the Uniform Law on Formation to which effect is given by the Uniform Law on International Sales Act 1967; (b) the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods of 1980; (c) the United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods of 1974 and the amending Protocol of 1980.*

[11] *“The following shall not apply to this contract: (a) The Uniform Law on Sales and the Uniform Law on Formation to which effect is given by the Uniform Laws on International Sales Act 1967. (b) The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of goods of 1980 (c) The United Nations Convention of Prescription (Limitation) in the International Sale of Goods of 1974 and the amending Protocol of 1980 (d) Incoterms”.*

[12] *“(a) Any and all disputes arising out of or under this contract or any claim regarding the interpretation or 189 execution of this contract shall be determined by arbitration in accordance with the GAFTA Arbitration 190 Rules, No 125, in the edition current at the date of this contract; such Rules are incorporated into and form 191 part of this Contract and both parties hereto shall be deemed to be fully cognizant of and to have expressly 192 agreed to the application of such Rules...”.*

[13] BRIDGE, M.G. (2021). “The CISG and Commodity Sales: A Relationship to be Revisited?”, *Singapore Journal of Legal Studies*, p. 273.

[14] *ARBITRATION. Any and all disputes arising out of or under this contract or any claim regarding the interpretation or 458 execution of this contract shall be determined by arbitration in accordance with the GAFTA Arbitration 459 Rules, No 125, in the edition current at the date of this contract; such Rules are incorporated into and form 460 part of this Contract and both parties hereto shall be deemed to be fully cognizant of and to have expressly 461 agreed to the application of such Rules.*

[15] “En defecto de elección del derecho aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la presente ley, o si tal elección resultare inválida o ineficaz, los contratos internacionales se rigen en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos, por la ley del lugar de su cumplimiento (...)”.

[16] Art. 9. *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

[17] “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”.

[18] “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

[19] “Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de ésta, el juez aplicará la ley del lugar del cumplimiento de la obligación, y cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional, y en su defecto, la ley del foro”.

[20] “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. Párrafo. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”.

[21] “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección produjera la invalidez del contrato se regirá por el orden jurídico con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para realizar tal determinación. También tomará en cuenta los principios generales del derecho aplicables. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro orden jurídico, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro orden a esta parte del contrato”.

[22] BRIDGE, M. G. *Ob.cit.*, p 274.

[23] Creemos que también de FOSFA

[24] En los contratos FOSFA se admite su utilización completa.

[25] <http://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/02/Issue-130-Implementation-of-the-Vienna-Sales-Convention.pdf>

[26] OXERA. The value of English Law, disponible en: <https://legaluk.org/wp-content/uploads/2021/09/The-value-of-English-law-to-the-UK-economy.pdf>

[27] KOZOLCHYK, B. (2016). “The modernization and harmonization of the commercial law in the twenty-first century: the need for a new research and drafting methodology”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 33, (nº 1).

[28] ALBORNOZ, M.M. (2009). “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 42, (nº 125).

[29] Artículo 45 y siguientes

[30] Artículo 61 y siguientes

[31] “(...) *In default of fulfilment of this contract by either party, the other party (apply)...*”.

[32] Artículos 47. (El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban...) y 63 (El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban...)

[33] Según el inciso 1 del artículo 49 (Parte VI) del *Sales of Goods Act* de 1979, se indica entre otros que: “*Action for price. (1) Where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.*” De forma análoga los incisos primero de los artículos 50 y 51.

[34] (f) *Default may be declared by Sellers at any time after expiry of the contract period, and the default date shall then be the first business day after the date of Sellers' advice to their Buyers. If default has not already been declared then (notwithstanding the provisions stated in the Appropriation Clause) if notice of appropriation has not been served by the 10th consecutive day after the last day for appropriation laid down in the contract, where the Appropriation Clause provides for 7 or more days for service of the appropriation, or if notice of appropriation has not been served by the 4th business day after the last day for appropriation laid down in the contract where the Appropriation Clause provides for less than 7 days for service of the appropriation, the Sellers shall be deemed to be in default, and the default date shall then be the first business day thereafter.*

[35] *"In default of fulfillment of this contract by either party, the other party at his discretion shall, after giving notice, have the right either to cancel the contract, or the right to sell or purchase, as the case may be, against the defaulter who shall on demand make good the loss, if any, on such sale or purchase..."*

[36] COVO, J. (2021). "The 'Date of default' Concept of the FOSFA and GAFTA Agribusiness Standard Form Contracts as Basis for Examining the Consequences of a Repudiatory Breach", *ASA Bulletin*, vol. 39, (n° 1), pp. 79-82.

[37] A manera de ejemplo tenemos el artículo 869 del Código de Comercio colombiano establece que los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en Colombia se regularán por el derecho colombiano.

[38] Tal cuestión se puede evidenciar en uno de los laudos emitidos por el tribunal arbitral de GAFTA (Zurich International AG vs Moscow Exportkhleb de 2004) donde una de las partes puso en duda la selección de un tribunal competente, y frente al cual se indicó entre otros que era claro que en aquella clase de contratos: *"the juridical seat of this arbitration is England and the English Arbitration Act 1996 governs the procedural law relating to it."*

[39] POLOVETS, I., SMITH, M. y BRADLEY T. (2013). "GAFTA arbitration as the most appropriate forum for disputes resolution in grain trade", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 30, (n° 3), pp. 570.

[40] CHAPMAN, B. (1986), "FOSFA International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 2, (n° 4), pp. 324.

[41] Señalada por primera vez por la *House of Lords* británica en el caso "Scott v Avery" (1856) 5HL CAS811.

[42] TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE K. (2011). "Scott v Avery Clauses: O'er Judges' Fingers, Who Straight Dream on Fees", *Arbitration*, (n° 77), pp. 423-427.

[43] BADDACK, F. (s/f). *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, p. 5, disponible en: file:///D:/Art%C3%ADculo%203/GAFTA/Art%C3%ADculos/Baddack_LLM_2005%20TESIS.pdf

[44] DE MALYNES, G. (2014). "Consuetudo vel lex mercatoria, or the ancient law merchant". En: *The Lawbook Exchange, Ltd.*, t. I, p. 3.

[45] BADDACK, F. *Ob.cit.*, p. 10.

[46] *"c. If an Arbitration or an Appeal Award is not taken up by any of the parties to the dispute within 28 consecutive days after the date of the Award, the Federation shall call upon the claimant and the respondent or the appellant and the respondent, as the case may be, to take up the Award. If the claimant and the respondent or the appellant and the respondent fail to take up the Award, the Council of the Federation may post on the Federation's notice board and/or circularise to members in any way thought fit a notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal held under these Rules shall be deemed to have consented to the Council taking such action (...)"*. Lo anterior para el caso FOSFA.

[47] Ley 1581 de 2012.

[48]El caso CLOUT N. 1045 aborda un laudo arbitral del 26/07/2011 donde un comprador suizo inició un arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania (tribunal) contra un vendedor ucraniano por incumplimiento de las obligaciones contractuales de suministro de maíz en virtud de un contrato de fecha 14/06/2010. El contrato especificaba la ley ucraniana como ley aplicable al contrato. La Parte 14 del contrato incorporó las disposiciones del contrato estándar N. 200 (GAFTA N. 200) de la Asociación de Comercio de Granos y Piensos, señalando que deben aplicarse a menos que contradigan las disposiciones del contrato subyacente. Como es sabido, el formulario GAFTA N. 200 en su artículo 22 excluye la aplicación de la CISG. Una de las cuestiones centrales planteadas por las partes fue la cuestión de la aplicabilidad de la CISG. El tribunal determinó que el contrato subyacente preveía la aplicación de la ley de Ucrania y que ninguna disposición limitaba específicamente esta aplicación a la ley de Ucrania que rige los contratos nacionales. Dado que Ucrania es parte de la CISG, el tribunal señaló que la Convención era, por lo tanto, parte de la ley de Ucrania y, en ese sentido, la ley aplicable en virtud del Artículo 1 CISG. El tribunal agregó que, de conformidad con el artículo 6 de la CISG, “las partes pueden excluir la aplicación de la Convención o, con sujeción al artículo 12, derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones”. En el contrato subyacente, sin embargo, las partes no excluyeron expresamente la aplicación de la CISG. El tribunal señaló que las disposiciones de GAFTA N. 200 son subsidiarias de las disposiciones del contrato. Por lo tanto, a la luz de la selección de la ley ucraniana por las partes, las disposiciones del GAFTA N. 200 que excluyen la aplicación de la CISG contradicen las disposiciones del contrato subyacente y, en ese sentido no deben ser aplicadas. véase igualmente el asunto *Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc., United States: U.S. [Federal] Court of Appeals for the Eleventh Circuit, caso CLOUT 777*.

[49]ALBREKTSSEN, A. T. (s/f). CISG and party autonomy. Can the parties to a contract for the sale of goods implicitly exclude the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods?, disponible en: file:///D:/Art%C3%ADculo%203/GAFTA/Art%C3%ADculos/CISG_and_Party_Autonomy__Can_the_parties_to_a_contract_implicitly_exclude_the_application_of_th

[50]STANIVUKOVIĆ, M. (s/f). Choice of Court Convention (HCCC) and arbitration, p. 47, disponible en: <https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr18god9/3.pdf>

[51]AYOĞLU, T. (s/f). Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria. Galatasaray University Law Faculty- Department of Commercial Law, p. 32, disponible en: https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/tolga_ayoglu.pdf

[52]Literal b) artículo 1º CISG “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante (...)”.

[53]El Código de Comercio colombiano señala entre otros y con relación al tema que: Artículo 3. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior. Artículo 5. Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles. Artículo 7. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

[54]SPAGNOLO, L. (2010). “Green Eggs and Ham: The CISG, Path Dependence, and the Behavioural Economics of Lawyers’ Choices of Law in International Sales Contracts”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, p. 218.

[55]Spagnolo indica igualmente que de acuerdo con una encuesta que se llevó a cabo a nivel regional y relacionada con la utilización de la CISG se pudo evidenciar que ésta era excluida por un porcentaje entre el 55-71 % de los abogados, de donde en Alemania eran el 45%, en Suiza el

41%, en Austria y Estados Unidos el 55%, por el contrario, en China ese porcentaje era el más bajo, el 37%. SPAGNOLO, L. *Ob.cit.*, p. 222

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

[57]Artículo 869 del Código de Comercio.

Notas de autor

- * José Luis Marín Fuentes es doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Medellín. LL.M Universidad de París 2 (Panthéon Assas). Abogado de la Universidad de Antioquia. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).