

LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MATERIAL SANITARIO EN TIEMPOS DE PANDEMIA, EL NUEVO *SILK ROAD* CHINO.

FECHA DE ENVÍO: 7 DE FEBRERO DE 2021 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 19 DE FEBRERO DE 2021

**Sebastián
Rivero Silva**

*Abogado
Rivero & Gustafson Abogados*

SUMARIO

I. Antecedentes; II. Negociaciones previas y buena fe contractual; III. Ley aplicable; IV. Sumisión a tribunales nacionales y arbitrales; V. Incoterms y riesgos asumidos; VI. Deficiencias técnicas; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo adentrar al lector en las complejidades derivadas de la compraventa internacional y masiva, por parte de diversas corporaciones públicas y privadas, de material sanitario a los denominados “países fabricantes” encabezados principalmente por China y en menor medida, otros como Pakistán o Taiwán.

PALABRAS CLAVE

Material sanitario, compraventa internacional, China, Pakistán.

ABSTRACT

The aim of this paper is to introduce the reader to the complexities derived from the massive international purchase of medical equipment by various public and private corporations to the so – called “manufacturing countries” headed mainly by the Republic of China and, to a lesser extent, others such as Pakistan and Taiwan.

KEYWORDS

Medical equipment, international purchase, China, Pakistan

I. ANTECEDENTES

La primera medida lógica que toda entidad, independientemente de su carácter público o privado planifica tras tener conocimiento de una necesidad concreta que implique la provisión de material sanitario, consiste en la búsqueda de proveedor a tal efecto, ya sea nacional o extranjero. Sin embargo, la rápida expansión del virus SARS – CoV-2 ha implicado un aumento mundial y masivo de la demanda de cierto material sanitario, particularmente guantes, mascarillas y gel hidroalcohólico, lo cual ha trastocado los cauces habituales y normales de compraventa internacional de dicho material, generando cuantiosos beneficios para los proveedores en origen a la vez que una asunción de riesgos otrora impensables por parte de los compradores, especialmente compañías privadas multinacionales y corporaciones públicas, necesitadas de material para proveer a funcionarios y empleados bajo su cargo, así como a población en general, en el caso de las administraciones públicas.

Esta circunstancia, la demanda masiva de material médico en un contexto de escasez, al margen del desequilibrio absoluto de la balanza de riesgos entre vendedor – comprador durante la operación de compraventa internacional de material sanitario, ha puesto de manifiesto otra característica básica de este contexto internacional, que consiste en la supresión de intermediarios. Los productores e importadores habituales de material sanitario no dan abasto para proveer de estos productos, tal y como venían haciendo habitualmente.

De este modo, entidades públicas y privadas que habitualmente compraban en España a un importador de confianza, con la seguridad de realizar la operación mercantil bajo legislación española y pudiendo acudir igualmente a tribunales españoles en caso de divergencia, se ven forzados (i) a acudir directamente al fabricante en China o Pakistán¹, (ii) comprar de forma apresurada, sin negociar o revisar adecuadamente el contrato de compraventa internacional y (iii) sometiéndose a foros judiciales extranjeros o sedes arbitrales poco conocidas en occidente, así como a leyes extranjeras, generalmente de los países de origen de los exportadores. Esta situación ha generado evidentes problemas para los abogados *in house* de estas corporaciones, en tanto que se han visto forzados a formarse en Derecho Internacional

1 Nótese que, si bien el título del presente artículo se refiere únicamente a China, esta circunstancia se debe a que, por extensión geográfica y capacidad de producción, esta nación es la que más se ha beneficiado en términos económicos de la carestía de material sanitario, pero ello no quita que otros países como Pakistán o Taiwán también se hayan sido partícipes, en menor medida, de la realidad que a continuación se explica.

Privado y Derecho Mercantil Internacional prácticamente de un día para otro, así como a operar en un mercado internacional tremendamente competitivo sin prácticamente experiencia en la materia.

Es importante comprender que otra característica relevante de la compraventa internacional de material sanitario en tiempos de pandemia ha consistido en que las corporaciones públicas, debido a la premura y acuciante necesidad de material sanitario, se han visto forzadas a abandonar el sistema de concursos por el cual diversos importadores competían por realizar la mejor oferta a la administración pública, y que en España venía rigiéndose por la denominada Ley de Contratos del Sector Público², para acudir al procedimiento de urgencia, recogido en el Art. 120 de la citada norma, llegando a contratar prácticamente como si de una entidad privada se tratase. Esta circunstancia ha sido profusamente estudiada por la doctrina bajo el nombre de “*contratación pública de emergencia*”³ que se vería habilitada en casos de catástrofe, grave peligro nacional o situaciones de necesidad defensiva, siendo que, el caso que nos ocupa estaría enmarcado en la primera de las opciones previstas. En este caso, además, podemos afirmar que la gran mayoría de administraciones públicas nacionales han venido haciendo uso de este recurso, con especial incidencia en los gobiernos autonómicos, quienes tienen transferidas, en su mayoría, las competencias en materia sanitaria y por consiguiente, la obligación de proveer de material sanitario a la población correspondiente.⁴

Tal y como veremos a continuación, el componente de inmediatez requerido en las operaciones de compraventa en un contexto de urgencia como el actual ha venido trastocando no únicamente la normal configuración del contrato mercantil, sino todo el proceso de compraventa en sí mismo y en todo caso, siempre en detrimento del comprador y a favor del vendedor en el país de origen.

II. NEGOCIACIONES PREVIAS Y BUENA FE CONTRACTUAL

2 Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, Boletín Oficial del Estado, Art. 131 y ss.

3 GARCIA MELIÁN, Juan Carlos: “La contratación pública de emergencia”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 2020, pp. 81 – 87

4 VÁZQUEZ MATILLA, Javier: «Las implicaciones del Covid en la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 2020, pp. 47 – 69.

Una de las características básicas, si no la principal, de la contratación mercantil internacional y por descontado, también de la compraventa internacional de mercaderías, consiste en la autonomía de las partes en materia contractual⁵, lo que permite, como norma general, con el único límite de la excepción de orden público correspondiente de cada país⁶, que las partes entren en negociaciones pre-contractuales para definir los parámetros del contrato, incluidos los más básicos en dicho sector, como pudieran ser la ley aplicable y el foro de sumisión, entre otros.

Durante las negociaciones previas, denominadas técnicamente como negociaciones pre-contractuales, se intenta marcar la posición dominante, mediante un reparto más o menos equitativo de los riesgos de la operación, siendo que lo más habitual es incluso la emisión de una “*Letter of Intent*”, que marcará las normas que regirán el desarrollo de las negociaciones y la eventual responsabilidad pre-contractual de las partes por ignorar las obligaciones básicas de la buena fe comercial⁷.

Huelga decir que, si los exportadores chinos ya de por sí, en condiciones normales que no implican urgencia extrema por sus productos, ya eran reacios a firmar este tipo de documentos o a mantener siquiera negociaciones formales que se extendieran más de dos semanas, en la actualidad, que gozan de demanda casi ilimitada de sus productos, las negociaciones pre - contractuales se han extinguido a la hora de comerciar con los vendedores originarios de China o Pakistán, al menos en cuanto a lo que material sanitario se refiere. Siendo además que, en el terreno mercantil, este elemento reviste de un carácter especialmente sensible en relación con posteriores litigios.⁸

Ahora bien, ¿Qué implicaciones reviste la eliminación de las negociaciones pre-contractuales en la compraventa internacional de material sanitario? La primera y más clara es que, con la eliminación de estas negociaciones, se pierden ciertas garantías para

las partes, siendo las más habituales relativas a la buena fe contractual⁹ y que, en todo caso, la doctrina ha podido resumir como: (i) Preparar el contrato y orientarlo a su realización, esto es, evitar dilaciones injustificadas y negociar el clausulado de forma razonable en cuanto a la ejecución del contrato, (ii) No revocación injustificada de la oferta, orientando dicha premisa a evitar la pérdida derivada del coste de oportunidad por centrar los recursos en una única negociación, (iii) Confidencialidad, especialmente en lo relativo al precio que las partes pueden pagar y aceptar, así como las necesidades de las mismas reveladas durante las negociaciones y (iv) Información y cooperación, especialmente relevante en este caso si tenemos en cuenta que, por la propia naturaleza de la mercadería objeto de compraventa, en este caso material sanitario, debemos tener presente las características de los mismos para que se adapten a los requisitos mínimos establecidos por las autoridades sanitarias nacionales y la OMS.

Pues bien, las consecuencias prácticas de la inobservancia de esta circunstancia implican, entre otros, que los fabricantes chinos, pakistaníes o taiwaneses pueden, sin miedo alguno a incurrir en responsabilidad pre-contractual, retirar la oferta aun cuando la misma fuera firme, en caso de recibir una oferta mejor por el mismo material sanitario en venta, lo cual genera un riesgo lógico y evidente para los compradores, encontrándose a expensas de que el fabricante cumpla con su palabra, pese a que, en la mayoría de los sistemas legales¹⁰, la mera concurrencia de voluntades en relación a una oferta clara, implica la perfección de la relación jurídica entre las partes.

De igual modo, tampoco están obligados los exportadores extranjeros, en principio, a guardar confidencialidad sobre el precio ofrecido por un determinado comprador, por lo que puede incluso buscar expresamente mejores compradores revelando las condiciones de las ofertas recibidas hasta el momento.

Lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior explica en gran medida el caos inicial en cuanto a la compra de material sanitario, originado en la circunstancia por la cual los fabricantes en origen “dejaban tirados” a compradores europeos porque el propio fabricante, amparado en la inobservancia de las normas básicas relativas a la buena fe en las

5 SYMEONYDES, Symeon: “The Scope and Limits of Party Autonomy in International Contracts: A comparative Analysis” en FERRARI & ARROYO: *The Continuing Relevance of Private International Law and New Challenges*, 2019, pp. 13 - 18, 23 - 30.

6 DE ROSAS, Pablo Enrique: “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2003, pp. 208 - 214.

7 CAPILLA CASCO, Agustín: “Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa” en QUETGLAS SEBASTIAN, Rafael: “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*”, Madrid, La Ley, 2016, pp. 2 - 6.

8 JAME MUÑOZ, Pablo: “La responsabilidad precontractual en el sector de la distribución comercial”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2013, pp. 51 - 57.

9 FANSWORTH, Allan: “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, *Tulane Journal of International Comparative Law*, 1994, pp. 56 - 60.

10 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), “*Principles for International Commercial Contracts*”, 2016, Rome, Art. 2.1.1.

negociaciones pre-contractuales, contactaba con los otros potenciales compradores intercambiando información privilegiada, creando una verdadera subasta paralela de material en la que lógicamente, servirían al mejor postor, generando retrasos y entregas parciales a los compradores que no podían igualar nuevas ofertas.

III. LEY APLICABLE

Más allá de las propias condiciones y clausulado general del contrato de compraventa internacional de material sanitario, como pudiera ser el precio o el tiempo de entrega, en cuya fijación lógicamente, la posición débil viene representada por el comprador, que es quien necesita desesperadamente el suministro, hay dos aspectos clave a tener en cuenta que las partes siempre intentarán pelear a la hora de suscribir un contrato de esta naturaleza y que marcará la diferencia en el tráfico comercial de material sanitario: La ley aplicable y el foro de conflicto.

Con respecto a la primera cuestión, pese a que resulta una circunstancia poco conocida fuera del ámbito del derecho internacional privado, la libertad de partes permite, salvo en las restricciones que al efecto pudieran establecer en cuanto a orden público, asociar el contrato de compraventa internacional a la ley que pacten las partes, inclusive a textos internacionales como pudieran ser los Principios Unidroit o la Convención de Naciones Unidas de Compraventa Internacional de Mercaderías.^{11 12}

De forma habitual, el tráfico comercial internacional suele remitirse a textos internacionales de forma preferente en relación con leyes nacionales, de forma y manera que la ley aplicable no sea, por ejemplo, la española ni la china o pakistaní, sino que opere una norma conocida por ambas partes y de fácil aplicación en cualquier país de la órbita europea, como pudieran ser cualquiera de los dos textos citados anteriormente y que viene a constituir una suerte de código de comercio internacional que, de alguna forma, evitan que una de las partes tenga que soportar la carga de contratar bajo una ley que desconoce.

Este punto es importante debido a que, puede darse – y de hecho es ciertamente común – una circunstancia por la cual un contrato esté sometido,

11 Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Nueva York, 2011, Art. 7.

12 SOLIMINE, Michael: “Forum - Selection Clauses and the Privatization of Procedure”, Cornell International Law Journal, 1992, pp. 54 – 58.

por ejemplo, a ley nacional pakistaní, mientras que las divergencias en relación con el propio contrato deban ser dirimidas ante un tribunal no pakistaní, como por ejemplo, uno español. En este caso, el procedimiento judicial por incumplimiento de alguna de las partes se substanciaría procedimentalmente conforme a normativa española, pero de fondo, mediante la norma extranjera de sumisión contractual, en nuestro ejemplo, la pakistaní.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española, al igual que la mayoría de sus homólogas europeas, permite en su Art. 281.2¹³ este tipo de procedimientos, – substanciado procedimentalmente conforme a ley española y de fondo conforme a ley extranjera – aportando la literalidad del contenido aplicable de la ley extranjera como prueba, siempre en el momento procesal oportuno, conforme a lo dictado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2010 y ratificado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014.¹⁴

La cuestión radica en que, en un contexto de ausencia de igualdad de condiciones contractuales y bajo una demanda acuciante, los compradores aceptan someter los contratos de compraventa internacional de material sanitario a legislación extranjera, habitualmente china o pakistaní, siendo que cualquier divergencia en la interpretación o ejecución del mismo, se substanciará conforme a la legislación civil y mercantil de la República Popular China o la República Islámica de Pakistán, con lo que el procedimiento para ejercitar cualquier derecho requeriría la intervención de un experto en ley china o pakistaní, encareciendo de forma considerable los gastos de representación para el comprador nacional y facilitando el incumplimiento contractual para el vendedor en origen.

Esta circunstancia, junto la señalada en el punto IV siguiente, permite que sea relativamente fácil que los contenedores que debieran transportar, por ejemplo, mascarillas FFP3 contengan FFP2 o mascarillas simples, en tanto que existe una posibilidad muy baja de éxito a la hora de exigir responsabilidades al fabricante extranjero.

IV. SUMISIÓN A TRIBUNALES NACIONALES Y ARBITRALES

Otro de los puntos clave de la autonomía de las partes en materia contractual implica la posibilidad

13 Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, Art. 281.2.

14 STS 528/2014, 14 de Octubre de 2014, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil.

de someter cualquier controversia relativa al contrato – sujeto recordemos a ley extranjera – a tribunales también extranjeros, así como a sedes arbitrales nacionales o extranjeras. Esto supone sin duda una última vuelta de tuerca para los compradores nacionales, en tanto que, en ausencia de peso para negociar las condiciones de contratación debido a la escasez de oferta en un contexto de demanda masiva de material sanitario, asumen someterse a tribunales nacionales o arbitrales extranjeros y además todo ello en base a derecho substantivo extranjero, impidiendo que pequeños y medianos compradores puedan reclamar justicia en caso de incumplimiento por lo elevado de los costes de defensa.

De este modo, es muy habitual encontrarnos con contratos de compraventa de material sanitario suscritos por una entidad pública o privada española pero sometido a ley nacional china o pakistaní y cuyo eventual incumplimiento deberá ser conocido en un procedimiento judicial o arbitral en el extranjero, con todos los gastos y complejidades técnicas que ello conlleva.¹⁵

La Ley de Arbitraje Española, en su Art. 3¹⁶, al igual que sus homólogas europeas, permite la sumisión a arbitraje de ciertas materias, entre las que se encuentra el comercio internacional. Esto quiere decir que el eventual incumplimiento por parte del productor chino o pakistaní será resuelto conforme a la ley aplicable elegida y procedimentalmente conforme al reglamento arbitral de la sede escogida, en caso de que la sumisión a fuero se remita a una sede arbitral en vez de a un tribunal nacional.

Siendo que, entre las sedes más habituales en comercio internacional podemos encontrar la Corte Internacional de Arbitraje o la Corte de Arbitraje de Londres, cuyos reglamentos ofrecen garantía de imparcialidad y pueden desarrollarse en cualquier parte del mundo^{17 18}, los productores chinos, pakistaníes y taiwaneses prefieren someterse a tribunales arbitrales cuyas notas características suelen revestir (i) dudosa imparcialidad, (ii) desarrollo físico en su país de origen y (iii) proceso y posterior emisión de laudo estará controlado por tribunales nacionales de dicho país, pero no españoles ni europeos.

15 CAIRNS & CREMADES SANZ – PASTOR: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2020, pp. 20 – 25.

16 la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, Art. 3.

17 International Chamber of Commerce, International (ICC), “Chamber of Commerce Arbitration Rules”, The Hague, 2021, Art. 18.

18 London Chamber of International Arbitration (LCIA), “London Chamber of International Arbitration Rules”, London, 2020, Art. 16.

En este punto, resulta importante señalar que la práctica totalidad de las naciones, en sus respectivas leyes de arbitraje, como es el caso del Art. 8 de la Ley de arbitraje española¹⁹, permite que un arbitraje privado habilitado por las partes solvente cuestiones relativas a un determinado contrato, pero siempre bajo la supervisión de un tribunal nacional que pese a denominarse “de apoyo” realmente, salvo un determinado número de cuestiones como pudiera ser facilitar citaciones a testigos, lo que realmente realiza es una función de control jurisdiccional, de forma que el procedimiento arbitral se ajuste a derecho, evitando vulneraciones procesales perjudiciales para cualquiera de las partes.

El hecho de que las sedes arbitrales favoritas por los productores chinos y pakistaníes se desarrollen siempre en territorio soberano chino o pakistaní no solo tiene la función de disuadir a la contraparte a acudir en busca de justicia por el elevado coste económico que implica el desplazamiento de letrados, sino también que la función de control jurisdiccional no la desarrolle un juez francés, español o alemán, sino uno de su país de origen, siendo que los mismos, suelen profesar una postura de control ciertamente laxa, facilitando desviaciones en el procedimiento arbitral, habitualmente a favor del vendedor nacional.

V. INCOTERMS Y RIESGOS ASUMIDOS

En relación con lo expuesto anteriormente, no debemos olvidar que, en un contexto de pandemia globalizado y en todo caso, por la propia naturaleza del contrato de compraventa internacional de mercadería, éste debe ir asociado necesariamente a una fórmula contractual de transporte internacional de la mercadería objeto de compraventa, en este caso material sanitario, que habitualmente se encuentra incardinada en el contrato de compraventa original a modo de cláusula particular.

De este modo, la fórmula internacional usada en términos generales para la compraventa internacional y particularmente para la compraventa de material sanitario, son los denominados *Incoterms*²⁰. Se tratan de unas tablas publicadas por la Cámara de Comercio Internacional, ICC por sus siglas en inglés y que esencialmente regulan tres aspectos

19 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, Art. 8.

20 ÁLVAREZ – MANZANEDA ROJO, Rafael: “Análisis de la nueva versión de los términos de comercio internacional de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 157/2020. Editorial Aranzadi, S.A.U, pp. 8 – 10.

del traslado del material sanitario desde el país de origen hasta el puerto o aeropuerto de recepción, a saber:

- (i) A partir de qué punto del transporte del material sanitario el comprador pasa a asumir el riesgo de la operación de transporte.
- (ii) Qué parte debe contratar al porteador y pagar las tasas aduaneras correspondientes.
- (iii) Qué parte debe contratar el seguro correspondiente en relación con el material sanitario que está siendo objeto de compraventa y consecuente transporte internacional.

De este modo, la fórmula más utilizada para los importadores nacionales del material sanitario vendría a ser la modalidad de transporte internacional *Delivered At Place Unloaded*, “*DPU*” por sus siglas en inglés, y cuya traducción literal sería “Entrega en Lugar Descargado”. Bajo esta modalidad, el exportador extranjero es responsable de la mercancía durante todo el proceso. Esto es, desde que sale de fábrica en China o Pakistán hasta que el material sanitario se descarga en el Aeropuerto de Barajas o en Puerto de Valencia, corriendo igualmente el exportador con los gastos de seguro y debiendo éste contratar al porteador, ya sea un buque mercante o una aeronave de carga. Siendo que el comprador español es responsable únicamente de recoger la carga en el puerto de destino y trasladarla al almacén correspondiente.

Pues bien, pese a que habitualmente era razonable encontrar negociaciones entre distintas fórmulas de Incoterms, la extrema urgencia del material sanitario ha forzado a los compradores españoles a aceptar la fórmula exactamente opuesta a la *DPU* antes referenciada, de este modo, el transporte internacional de material sanitario se ha venido produciendo bajo la denominada *Ex Works*, o *EXW* por sus siglas en inglés, cuya traducción técnica sería “En fábrica”.

La modalidad *Ex Works* exige absolutamente de toda responsabilidad al vendedor en origen, siendo que el comprador español es el responsable (i) de recoger la mercancía en el almacén de origen en Pakistán y China (siendo que dicho servicio se ofrece habitualmente a sobrecoste por acuerdo entre el transportista y el vendedor en origen) (ii) transportarla al buque o aeronave, (iii) contratar el porte, (iv) contratar el seguro bancario para la mercancía y (v) llevarla al almacén en España para su transporte.

Se trata de un vuelco radical en las relaciones mercantiles habituales, en tanto que con fabricantes

extranjeros de países exportadores no se suele utilizar la fórmula *Ex Works*, esto ocurre por tres motivos (i) por el coste logístico de toda la operación, (ii) por la dificultad de verificar las características técnicas del material sanitario en origen y (iii) por acuerdos entre el fabricante y los porteadores de chinos y pakistaníes que suben el precio del transporte artificialmente a sabiendas de la necesidad acuciante del material sanitario.

VI. BUREAU VERITAS Y EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

En relación con las prestaciones y características del material sanitario obtenido por las distintas administraciones públicas, fue noticia nacional que a diferentes corporaciones públicas las habían “timado” en la compra de diversos lotes de mascarillas pues las mismas no cumplían con los requisitos técnicos especificados contractualmente y que a su vez eran los recomendados por las autoridades de la OMS.

No podemos dejar de señalar que esta circunstancia, la no adecuación de las características pactadas contractualmente para el material sanitario adquirido, se ha venido dando con cada vez más frecuencia, debido precisamente a la celeridad del proceso de compra y a un cambio de en el formato de Incoterm, según lo expuesto anteriormente. De este modo, como ya hemos visto, la compra de material sanitario ha venido abandonando la fórmula *DPU* para pasar a la fórmula *EXW*, en beneficio lógicamente del vendedor de material sanitario.

En todo caso, para vislumbrar dónde reside el riesgo de adquirir material sanitario con características o prestaciones distintas a las pactadas inicialmente, debemos tratar primeramente qué son (i) El Bureau Veritas y (ii) El Conocimiento de Embarque y, sobre todo, qué papel juegan en el transporte internacional de mercadería y de forma particular, de material sanitario.

La propia lógica nos indica que el comprador español, especialmente en el caso de material sanitario importado de países con laxa regulación sanitaria, carece de vías físicas para conocer de forma real y sin atisbo de duda si las prestaciones del material sanitario son acordes (i) a los requerimientos mínimos en materia sanitaria de la Unión Europea y recomendados por la OMS y (ii) a los requerimientos establecidos en el propio contrato suscrito con el vendedor extranjero.

De este modo, en operaciones de comercio internacional con este tipo de países, como decimos,

de laxa regulación sanitaria, el comprador únicamente tiene dos formas de conocer las características del material que está comprando, y ambas dos implican un conocimiento meramente “visual” o aparente, lo cual multiplica el riesgo en este tipo de operaciones.

Estas vías de conocimiento aparente se producen, habitualmente, una vez el material ha salido de la fábrica y se encuentra a la espera de ser cargado en el Buque o Aeronave destino a España. La primera de ellas se deriva de la contratación de un *Bureau Veritas*. Esto implica un servicio de inspección de mercadería en origen, una práctica reconocida internacionalmente en virtud del Art. 13 del Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería²¹ y ampliamente extendida en el sector.²²

En todo caso, el servicio de inspección, salvo notorias excepciones, es de corte generalista por lo que no contarán con expertos en materia sanitaria, lo cual imposibilita que el comprador español, más allá de las fotos que le pueda enviar el servicio de inspección, pueda conocer las calidades y prestaciones específicas del material sanitario, y si las mismas cumplen con las garantías ofrecidas por el vendedor extranjero.

De igual modo, el porteador del material sanitario, ya sea la empresa responsable de la explotación de un buque mercante o una aeronave de carga, debe emitir el correspondiente “Conocimiento de Embarque”²³, documento debidamente reconocido en la legislación española²⁴ y que implica necesariamente una segunda inspección a la mercadería, siendo que nos encontramos ante el mismo problema y es que en la práctica, dicha inspección se resume en una revisión ocular del material embalado y el número de bártulos, sin garantía alguna sobre su contenido, tal y como se establece en los Arts. 35 y 36 de las denominadas “Reglas de Rotterdam” o Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de transporte internacional de mercaderías total o parcialmente marítimo.²⁵ A esta problemática, se le

une la tendencia de emitir conocimientos de embarque electrónicos, con la evidente duda sobre la autenticidad del documento, pues la práctica reciente incluye la remisión del documento en formato *PDF*, sin garantía de autenticidad alguna, para efectuar una primera parte del pago.²⁶

Consecuentemente, en el mejor de los casos el comprador español únicamente sabrá que (i) se dirige a España un cargamento que “aparentemente” contiene mascarillas y (ii) las garantías otorgadas por el vendedor extranjero, que pueden no corresponderse con la realidad. Esta circunstancia es el caldo de cultivo perfecto para que algunos vendedores extranjeros, sabedores de la dificultad de los compradores españoles para perseguir eventuales incumplimientos, otorguen garantías falsas, habiendo cobrado gran parte sino la totalidad del precio del material sanitario para cuando el mismo llega a puerto o aeropuerto español.

VII. DEFICIENCIAS TÉCNICAS

En todo caso, aquellos abogados que trabajamos de forma regular en el ámbito del comercio internacional hemos podido comprobar igualmente un cambio de paradigma en relación con la técnica de redacción del contrato en sí mismo y muy particularmente en el caso de la compraventa internacional de material sanitario. Si bien los contratos que llegan a los clientes españoles de parte de vendedores extranjeros suelen revestir diversas deficiencias técnicas de mayor o menor gravedad, la circunstancia actual ha llevado incluso a compradores españoles a consentir dichas deficiencias en aras de una mayor rapidez en la adquisición del material sanitario.

Las deficiencias técnicas más relevantes en cuanto al contrato de compraventa internacional de material sanitario serían las que siguen:

- (i) No previsión de la resistencia a pérdida o tara: En la compraventa internacional de mercadería susceptible de pérdida o robo durante el proceso de transporte, como pudiera ser el material sanitario, es muy común – y de hecho el propio Centro Internacional de Comercio así lo recomienda²⁷ –, establecer un máximo de pérdidas

21 Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado (HCCH), “Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería”, La Haya, 1986, Art. 13.

22 ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: “Contratación Internacional Práctica”, ICEX España, Importación e Inversiones, pp. 94 - 95.

23 BOOLS, Michael: “The bill of lading a document of title to goods: an Anglo – American comparison”, Editorial LLP, 1997, pp. 180.

24 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, Boletín Oficial del Estado, Arts. 246 a 266.

25 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Convenio de las Naciones

Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías Total o Parcialmente Marítimo”, Nueva York. 2008. Arts. 35 y 36.

26 LEACH ROS, Blanca: “El conocimiento de embarque electrónico”, La Ley mercantil, 2015, pp. 3.

27 International Trade Centre (INTRACEN), “Model contracts for small firms”. Legal guidance for doing international business”, Geneva, 2010, pp. 35 – 37.

aceptables por el comprador. De este modo, si al comprador en España le llegan un tanto por ciento determinado menos de mascarillas o gel alcohólico, se puede solicitar el reembolso de la diferencia, el envío de las unidades no facilitadas o directamente la devolución del precio y rescisión del contrato.

La no previsión de la resistencia a pérdida o tara no es encuadrable en lo que pudiera ser un “error inocente” por parte de los vendedores extranjeros, en tanto que, en caso de no establecer un máximo de pérdidas aceptables, el comprador, para resolver el contrato, deberá acreditar que el tanto por ciento de material sanitario que no figure en el envío se encuadra dentro del denominado “Incumplimiento Esencial” regulado internacionalmente al efecto.²⁸

Consecuentemente, la vía preferente será la de solicitud de reembolso parcial o envío de unidades no solicitadas, que rara vez suelen ser atendidas por parte de estas compañías extranjeras y en caso de envío de las unidades faltantes, solicitarán el abono de los costes de transporte.

(ii) Confusión de Ley aplicable y formato de Incoterm: Esta deficiencia técnica no es en absoluto ocasional, más bien suele ser una “trampa” habitual y, de nuevo, en absoluto inocente. Los contratos de compraventa internacional de material sanitario revisten de cierta complejidad, motivo por el cual, en ocasiones el comprador español no se percata de esta circunstancia y otras, como está sucediendo actualmente, debe aceptar la deficiencia técnica bajo la premisa de obtener el material sanitario lo antes posible.

La complejidad técnica a la que nos referimos radica en que, por un lado, el contrato debe estar sometido a Ley aplicable, lo cual implica que la interpretación del clausulado se haga, por ejemplo, conforme a derecho francés, español, británico o el que las partes pacten y, por otro lado, el mismo contrato debe estar sometido a un formato Incoterm, por ejemplo, el *DPU* antes revisado. Estos elementos no son en absoluto contradictorios entre sí, en tanto que la ley aplicable regirá para la interpretación del clausulado y posibles divergencias, mientras que el segundo de ellos, el Incoterm de aplicación, regirá en cuanto a los riesgos, seguros y transporte del material sanitario.

Pues bien, resulta una práctica ya habitual – y errónea – por parte de los vendedores extranjeros designar un Incoterm como ley de aplicación al contrato, lo cual, en la práctica supone la no designación de Ley nacional alguna. La clave de esta circunstancia debemos encontrarla en el Art. 4.1.a) del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, también denominado “*Reglamento Roma I*”.

El resultado de la aplicación de dicho artículo viene a ser que, en ausencia de designación de ley aplicable, lo será la ley de residencia del vendedor. Consecuentemente, establecer un Incoterm como Ley nacional equivale a establecer la ley nacional china, india o pakistaní como rectora del contrato internacional, y así se ha puesto de manifiesto en la doctrina especializada.²⁹

(iii) La tercera gran deficiencia técnica de estos contratos internacionales de compraventa internacional de material sanitario reside en la propia redacción del convenio o cláusula arbitral, siendo que la misma debe contener una serie de características ya ampliamente estudiadas por la doctrina.³⁰

Bajo la premisa de intentar inutilizar la cláusula arbitral en una eventual reclamación, es muy común encontrar tanto remisiones a sedes arbitrales inexistentes, como pudiera ser, por ejemplo, la Corte Arbitral de China del Este o la Corte de Arbitraje Euro – indonesia, e incluso, hilando más fino, substituir el “*shall*” de la cláusula arbitral por un “*may*”. Esta cuestión, sobre la que se deberá tener especial cuidado, ya ha sido puesta de manifiesto por profesionales del sector.³¹

Este último punto es especialmente malicioso en tanto que una cláusula arbitral bajo el término “*shall*” cuya traducción al inglés es “debe”, implicará la remisión a la sede arbitral de forma obligatoria en caso de litigio, mientras que el

28 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), “Principles for International Commercial Contracts”, 2016, Rome, Art. 7.3.1.

29 BELINTXON MARTIN, Unai, “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I”, *La Ley Unión Europea*, 2015, pp. 55 – 60.

30 CONEJERO ROOS, Cristian, “¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la Convención de Nueva York”, *Spain Arbitration Review del Club Español del Arbitraje*, n.º 3, Sección CEA – 40, Tercer cuatrimestre, Editorial Wolters Kluwer España, 2019, pp. 4 – 6.

31 FREEMAN, James: “May or Shall: what should be used in an arbitration clause?”, *Allen & Overy Litigation and Dispute Review*, 2016.

término “may” introduce un elemento de voluntariedad por el que, en caso de litigio, cualquiera de las partes puede rechazar la actuación de la sede arbitral, generando un problema de competencia judicial internacional e incluso de procedimientos paralelos en ambos países implicados, siendo éste un problema de derecho procesal internacional ya debidamente estudiado por la doctrina y ciertamente común en el sector.³²

VIII. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto, podemos afirmar que el contexto de demanda masiva de material sanitario en un mercado internacional de oferta limitada y esencialmente vinculada a países productores como China o Pakistán, ha venido marcando un cambio de paradigma en la contratación internacional para la adquisición del referido material sanitario.

Los diferentes resortes y complejidades que existen en un contrato de compraventa internacional de mercadería, así como en su consecuente transporte internacional, han pasado a beneficiar total y absolutamente a la parte vendedora, en claro detrimento de la parte compradora. De igual modo, la acuciante necesidad del material sanitario ha forzado a ejecutar compraventas sin prácticamente negociación, aceptando incluso contratos deficitarios a nivel técnico bajo la premisa de adquirir lo antes posible el referido material.

Podríamos por lo tanto afirmar (i) que el caos inicial y las esperas en relación con la adquisición de material sanitario por parte de las corporaciones públicas se explica en gran medida por el uso de información comercial confidencial por parte de los vendedores chinos y pakistaníes, que transmitían las ofertas firmes a los distintos oferentes, creando una verdadera subasta paralela de ofertas, (ii) que existe una suerte de comercio internacional “de emergencia” vinculado a catástrofes como pudiera ser una pandemia sanitaria, que genera usos y costumbres particulares, vinculados a la necesidad extrema de una de las partes y la ausencia de limitaciones de la otra, (iii) que la autonomía de la voluntad de las partes que impera en el derecho comercial internacional se traduce en contratos leoninos en un contexto de emergencia como el reseñado anteriormente.

Finalmente, a modo de propuesta “*de lege ferenda*” sería incluso interesante tantear la posibilidad de creación de una regulación internacional

específicamente pensada para el referido comercio internacional en contextos de emergencia, como pudiera ser una pandemia sanitaria, a los efectos de intentar, de alguna forma, mitigar el caos y el abuso que redundan directamente en detrimento de los ciudadanos y su salud.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, Boletín Oficial del Estado, Art. 131 y ss.
- GARCIA MELIÁN, Juan Carlos: “La contratación pública de emergencia”, Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas. 2020, pp. 81 – 87
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier: “Las implicaciones del Covid en la contratación pública”, Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, 2020, pp. 47 – 69.
- SYMEONYDES, Symeon: “The Scope and Limits of Party Autonomy in International Contracts: A comparative Analysis” en FERRARI & ARROYO: The Continuing Relevance of Private International Law and New Challenges, 2019, pp. 13 - 18, 23 – 30.
- DE ROSAS, Pablo Enrique: “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 2003, pp. 208 – 214.
- CAPILLA CASCO, Agustín: “Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa” en QUETGLAS SEBASTIÁN, Rafael: “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”, Madrid, La Ley, 2016, pp. 2 – 6.
- JAME MUÑOZ, Pablo: “La responsabilidad precontractual en el sector de la distribución comercial”, Revista de derecho de la competencia y la distribución, 2013, pp. 51 – 57
- FANSWORTH, Allan: “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, Tulane Journal of International Comparative Law, 1994, pp. 56 – 60.

³² YANNACA SMALL, Katia: “Parallel Proceedings”, The Oxford Handbook of International Investment Law, 2012, pp. 4 – 8.

- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), “Principles for International Commercial Contracts”, 2016, Rome, Art. 2.1.1.
- Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería”, Nueva York, 2011, Art. 7.
- SOLIMINE, Michael: “Forum - Selection Clauses and the Privatization of Procedure”, *Cornell International Law Journal*, 1992, pp. 54 – 58.
- Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, Art. 281.2.
- STS 528/2014, 14 de octubre de 2014, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil.
- la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, Art. 3.
- International Chamber of Commerce, International (ICC), “Chamber of Commerce Arbitration Rules”, The Hague, 2021, Art. 18.
- London Chamber of International Arbitration (LCIA), “London Chamber of International Arbitration Rules”, London, 2020, Art. 16.
- CAIRNS & CREMADES SANZ – PASTOR: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2020, pp. 20 – 25.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, Art. 8.
- ÁLVAREZ – MANZANEDA ROJO, Rafael: “Análisis de la nueva versión de los términos de comercio internacional de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 157/2020. Editorial Aranzadi, S.A.U, pp. 8 – 10.
- Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado (HCCH), “Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería”, La Haya, 1986, Art. 13.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: “Contratación Internacional Práctica”, ICEX España, Importación e Inversiones, pp. 94 - 95.
- BOOLS, Michael: “The bill of lading a document of title to goods: an Anglo – American comparison”, *Editorial LLP*, 1997, pp. 180.
- Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, Boletín Oficial del Estado, Arts. 246 a 266.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías Total o Parcialmente Marítimo”, Nueva York. 2008. Arts. 35 y 36.
- LEACH ROS, Blanca: “El conocimiento de embarque electrónico”, *La Ley mercantil*, 2015, pp. 3.
- International Trade Centre (INTRACEN), “Model contracts for small firms”. *Legal guidance for doing international business*, Geneva, 2010, pp. 35 – 37.
- BELINTXON MARTIN, Unai, “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I”, *La Ley Unión Europea*, 2015, pp. 55 – 60.
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), “Principles for International Commercial Contracts”, 2016, Rome, Art. 7.3.1.
- CONEJERO ROOS, Cristian, “¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la Convención de Nueva York”, *Spain Arbitration Review del Club Español del Arbitraje*, n.º 3, Sección CEA – 40, Tercer cuatrimestre, Editorial Wolters Kluwer España, 2019, pp. 4 – 6.
- FREEMAN, James: “May or Shall: what should be used in an arbitration clause?”, *Allen & Overy Litigation and Dispute Review*, 2016.
- YANNACA, Katia: “Parallel Proceedings”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2012, pp. 4 – 8.