

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

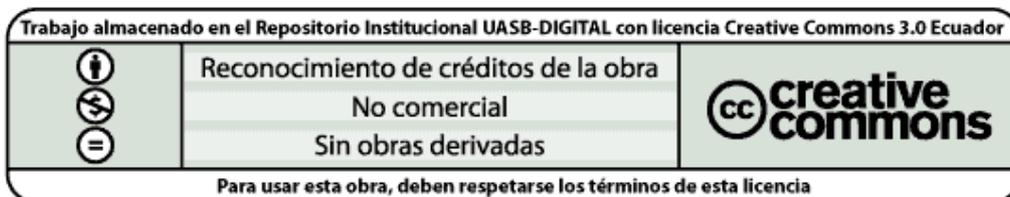
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Internacional Económico

**La exoneración de responsabilidad en la contratación
comercial internacional: contrato de compra venta
internacional de mercaderías**

Jazmina Judith Silva Jaramillo

Quito, 2016



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Jazmina Judith Silva Jaramillo, autora del presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 30 de marzo de 2016

Firma:

**Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Maestría en Derecho
Mención en Derecho Internacional Económico

La exoneración de responsabilidad
en la contratación comercial internacional:
contrato de compra venta internacional de mercaderías

Autora: Jazmina Judith Silva Jaramillo

Tutora: Dra. María Augusta León

Quito, 2016

Resumen

La presente tesis tiene como propósito estudiar de manera general el régimen de exoneración de responsabilidad que es común en los contratos internacionales. Se toma en consideración al Convenio de Roma cuando de conflictos sobre ley y foro aplicables se trata. De manera específica se analiza la exoneración de responsabilidad según lo conceptúan los Principios UNIDROIT sobre contratación comercial internacional, principios que determinan las causales de exoneración de responsabilidad y el Convenio de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías.

El trabajo realiza un estudio crítico analítico de la normativa comercial internacional sobre la exoneración de responsabilidad que se incluye en los contratos de compra venta internacional de mercaderías y la distribución de los riesgos, así como un estudio doctrinario sobre los temas de responsabilidad frente a las obligaciones generales derivadas de los contratos, el contrato de compra venta como el contrato de compra venta internacional de mercaderías, la responsabilidad subjetiva y su relación con la noción de culpa, la responsabilidad objetiva y su relación con la causalidad como elementos estructurales de responsabilidad, con especial atención en el estudio de las Teorías del Riesgo y la Imprevisión. Se pone énfasis en la noción de exoneración, las causas de exoneración de responsabilidad en el régimen común de la contratación comercial internacional, como son el caso fortuito, fuerza mayor, el estudio de la excesiva onerosidad y su relación con la cláusula hardship.

El trabajo también analiza y revisa los principios contenidos en UNIDROIT que justifican axiológicamente la inserción de normas contenidas en los convenios internacionales y las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Finalmente, se realiza un estudio casuístico de jurisprudencia sobre casos relacionados con fallos en las que se invoca las causales de exoneración de responsabilidad.

Agradecimiento

Agradezco a Dios porque me ha permitido tener la fortaleza y el tiempo para concluir con este gran reto. Sólo Él sabe ubicarnos en el tiempo y lugar adecuados...

Agradezco a quienes hacen la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, por haberme aceptado en sus aulas y, con su seriedad y exigencia, hacerme una persona más crítica.

Agradezco a todo el personal administrativo, especialmente a Ana María, Evita y Adriana que, con su ayuda, facilitaron y encaminaron los procesos.

Mi agradecimiento especialísimo a: los doctores César Montaña, Ramiro Ávila Santamaría, las doctoras Eddy de la Guerra y Claudia Storini porque permitieron encaminar y viabilizar este trabajo; mi Directora de tesis doctora María Augusta León quien, con gran profesionalismo y generosidad, aclaró todas mis dudas y me permitió con su guía concluir y presentar este trabajo.

Dedicatoria

A mi esposo Ugo y a mi hijo Ugo ¡Siempre gracias! por su amor, su apoyo y su comprensión.

Contenido

Introducción	8
Capítulo primero	11
1. Régimen común de la responsabilidad y las obligaciones.....	11
1.1 Conceptualización de contrato.....	11
1.1.1 Noción de contrato internacional	19
1.1.2. El contrato de compra venta en la doctrina	24
1.1.3 El contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías	28
1.2 La responsabilidad frente a las obligaciones generales derivadas de los contratos internacionales	33
1.2.1 La noción de responsabilidad y su fundamento actual.....	36
1.2.2 La responsabilidad subjetiva y la culpa como elemento estructural de la responsabilidad.....	42
1.2.3 La responsabilidad objetiva y la relación de causalidad como elemento estructural de responsabilidad	48
1.2.4 Teoría del riesgo.....	51
1.2.5 Teoría de la imprevisión.....	57
Capítulo segundo	65
2. Exoneración de responsabilidad	65
2.1. Criterios sobre el término exoneración.....	65
2.2 Casos especiales de exoneración de responsabilidad	68
2.2.1 Caso Fortuito	70
2.2.2 Fuerza mayor.....	74
2.2.3 La Excesiva Onerosidad y la Cláusula Hardship	81
Capítulo tercero.....	96
3. Análisis Jurisprudencial.....	96
3.1 Jurisprudencia internacional relacionada con exoneración de responsabilidad en la compra venta internacional de mercaderías	96
3.1.1 Estudio jurisprudencial en el que se presenta confusión del incumplimiento de contrato con fuerza mayor y caso fortuito	97
3.1.2. Estudio jurisprudencial en el que se invoca causales de exoneración de responsabilidad ante el incumplimiento de contrato por situación de desequilibrio económico.	108
3.2. Conclusiones sobre el estudio jurisprudencial.....	114
Conclusiones.....	117
Bibliografía	123

Introducción

La presente tesis tiene como objetivo general el estudio de la normativa comercial internacional sobre la exoneración de responsabilidad en los contratos de compra venta internacional. De manera específica se analiza la exoneración de responsabilidad según lo conceptúan los Principios UNIDROIT sobre contratación comercial internacional, principios que determinan las causales de exoneración de responsabilidad y el Convenio de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías, también se toma en consideración al Convenio de Roma cuando de conflictos sobre ley y foro aplicables se trata.

El trabajo realiza un estudio crítico analítico de la normativa comercial internacional sobre la exoneración de responsabilidad que se incluye en los contratos de compra venta internacional de mercaderías y la distribución de los riesgos. También analiza y revisa la normativa correspondiente contenida en los principios UNIDROIT que justifican axiológicamente la inserción de normas contenidas en la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías.

El presente trabajo consta de tres capítulos. El capítulo primero realiza una aproximación teórica a los conceptos de contrato y responsabilidad ante obligaciones de los contratos internacionales en donde se estudia doctrinariamente al contrato de compra venta y al contrato de compra venta internacional y a la responsabilidad frente a las obligaciones generales derivadas de los contratos internacionales, en la que se analiza la noción de responsabilidad y su fundamento actual, la responsabilidad subjetiva y la culpa, así como la responsabilidad objetiva y la relación de causalidad como elementos estructurales de la responsabilidad poniendo especial atención en el estudio de las teorías del riesgo y la imprevisión.

En el segundo capítulo se estudia el tema de la exoneración de responsabilidad, analizando el caso fortuito, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad y la cláusula hardship. Finalmente, en el capítulo tercero se contrasta casos de la jurisprudencia internacional con la doctrina planteada para demostrar la confusión existente entre la invocación de las causales de exoneración de responsabilidad por las partes contratantes ante el incumplimiento de contratos de compra venta internacional.

El tercer capítulo corresponde al análisis jurisprudencial en el que se realiza un estudio casuístico de jurisprudencia internacional relacionada con causas de exoneración de responsabilidad en la Compra Venta Internacional de Mercaderías.

El presente trabajo se enmarcó en el tipo de investigación bibliográfica. La base teórica de la investigación se ha sustentado en la consulta de fuentes bibliográficas de textos de autores relevantes como Marcelo Planiol y Ripert, Arturo Alessandri, Arturo Valencia Zea, Atilio Aníbal Alterini, Roberto Block, Graciela Brantt, Alsina Bustamante, Lorenzo De la Maza, Alfonso Calvo Caravaca, Manuel Borja Soriano, Luis Diez Picazo, Carlos Espugles Mota, Carlos Ignacio Jaramillo, Francesco Messineo, Henri Mazeaud, Abraham Recaséns Siches, Sans Encinar, Aníbal Sierralta Ríos, José Luis Siqueiros, José Vicente Troya, Carlos Santiago Niño, que han constituido la fuente primaria de la investigación; y de otros autores encontrados en revistas jurídicas especializadas y apuntes como fuente secundaria. Han constituido fuentes legales de la investigación los Principios UNIDROIT, la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías, el Convenio de Roma aplicable a las obligaciones contractuales, Código Civil ecuatoriano, código civil francés, entre otros, jurisprudencia investigada contenida en la UNICITRAL, documentos varios, así como también fuentes informáticas, y otros materiales que han sido obtenidos en documentos electrónicos en Internet.

En cuanto a los métodos de investigación, se utilizaron los métodos deductivo – inductivo, partiendo del estudio del régimen común de la responsabilidad y las obligaciones, iniciando con la conceptualización del contrato, contrato internacional, compraventa, compraventa internacional, la responsabilidad, teorías del riesgo y la imprevisión, la exoneración de responsabilidad, los criterios sobre el término exoneración, los casos especiales de exoneración, y la excesiva onerosidad y cláusula hardship hasta llegar finalmente al análisis jurisprudencial en cuyos casos se aplicó el método inductivo–deductivo con un proceso analítico-sintético, que fue de fundamental importancia, ya que permitió establecer acertadamente la problemática del tema de estudio, esto es la confusión existente entre el caso fortuito o fuerza mayor y el incumplimiento contractual en los contratos de compra venta internacional de mercaderías para finalmente establecer la importancia y la relevancia del tema de

estudio, puesto que el mismo permitirá a quienes consulten dicho trabajo - aclarar dudas sobre si es factible y ético que quienes han incumplido la prestación a la que estaban obligados en virtud del contrato, demanden la exoneración de responsabilidad justificando el incumplimiento de su prestación por supuestas situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, e inclusive situaciones de excesiva onerosidad o alteración del equilibrio económico del contrato. La relevancia del tema cobra importancia ya que la contratación comercial internacional debe fundamentarse en los principios de buena fe y lealtad negocial que rigen en la contratación en general a fin de concluir las negociaciones en términos óptimos que permitan establecer futuras negociaciones internacionales basadas en la confianza mutua; y, en casos de posibles divergencias evitar pérdida de tiempo y gastos judiciales innecesarios.

Capítulo primero

1. Régimen común de la responsabilidad y las obligaciones

1.1 Conceptualización de contrato

Etimológicamente la palabra contrato proviene del latín *contractus* que quiere decir contraer, estrechar, unir, pacto. Deriva de *contraho* cuya acepción es la de juntar o reunir. Gramaticalmente, se define como acuerdo o convenio entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.¹

En el Derecho Romano se reconoció al contrato como el concurso de voluntades (*consensus*) que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la *causa civilis*. Sin embargo, no todo acuerdo de voluntades era considerado contrato, sino solamente aquellas relaciones a las que la ley atribuía el efecto de engendrar obligaciones civilmente exigibles.

En el Derecho Justiniano, el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica. El *nexum* fue el modo más antiguo de crear una obligación y sus consecuencias eran muy rigurosas puesto que era un contrato, sin juicio, al que el deudor que no pagaba estaba sometido al *manusinjecto*, especie de toma del cuerpo ejercida por el acreedor y que necesitaba la intervención del magistrado. Se deriva del *nexum* la *sponsio*, el contrato que empleaba palabras sacramentales y podía llevarse a cabo entre ciudadanos. Posteriormente, aparece la *stipulatio* para que también pudieran contratar los no ciudadanos, donde las partes podían interrogarse mutuamente usando cualquier expresión, a lo que el obligado contestaba siempre: *promitto*, naciendo los contratos verbales.

De la práctica que un ciudadano romano llevara el *codexaccepti et expensi* (libro de registro doméstico), donde anotaba los créditos contra el deudor nos encontramos

¹ Nelson Pizarro, "Contrato", en *Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo 4, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1967) 120.

con la *nominatranscriptitia* que era usada cuando el obligado era otro ciudadano y con la *chirographa o syngrapha* para el deudor extranjero. De estas formas de celebrar un contrato cuyo perfeccionamiento radicaba en las anotaciones, derivan los contratos literales.²

Con la influencia del cristianismo, se manifiesta un progreso elevando el desarrollo de la conciencia al máximo rango para pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de una sola convención que les da existencia, para hacerla vinculante, y aunque no constase su existencia (*pacta, quantum-quantum nuda, servandasunt*). El sistema implica, no obstante, el riesgo en la falta de prueba y la frustración del contrato mismo. Se da paso así a la constatación del acuerdo por medios sencillos, rápidos y constantes y que no daban lugar a dudas (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), como eran la escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación en un registro o archivo públicos.

El pensamiento liberal individualista, concibió la noción del contrato con el *convenio* o mero concurso de voluntades, que está encima y más allá de la ley. En el plano filosófico, el iusnaturalismo racionalista elevó al contrato a fuente u origen de la sociedad. La época subsiguiente usó el concepto de contrato para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, así como el monarca justificar la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Kant determinó que existía un simple valor dialéctico de tales posiciones, mientras la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como una realidad y utilizó su concepto para explicar y justificar cualquier situación.³

Se ha visto que en el pensamiento liberal individualista la noción de contrato con el *convenio* o mero concurso de voluntades, está encima y más allá de la ley. De aquí que, para entrar en el estudio de los contratos, se debe aclarar el sentido de los términos contrato y convenio o convención. Así, cuando se habla de contrato también se menciona al convenio, ubicándolo como género y al contrato como especie.

Actualmente existen varios conceptos de contrato:

² Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, (México: Editorial Porrúa, 2006)317-22.

³ Así Hobbes y Rousseau, señalaban que concurrían dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*).

“Contrato”, en *Diccionario Jurídico Espasa*, (Madrid: Espasa Calpe, 2007)408-10.

“Acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.”⁴

“Negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial”⁵

Arturo Valencia Zea considera que el contrato es un hecho jurídico voluntario y lícito, imputable a la voluntad del sujeto.⁶ Hace un estudio del problema sobre la terminología basado en Oertman y señala que la doctrina de los expositores alemanes y la de los italianos, españoles y suizos que se inspiran en aquellos denomina a todos los hechos jurídicos voluntarios con la expresión “actos jurídicos”. Los actos jurídicos forman dos grandes variedades según la voluntad, sea lícita o ilícita, de esta forma; tenemos los actos jurídicos conformes a derecho y los contrarios a derecho, o lo que es lo mismo: la conducta humana lícita y voluntaria, por una parte, y la conducta humana voluntaria e ilícita, por otra; mientras que los juristas franceses emplean las palabras “acto jurídico” (*act juridique*) para designar únicamente las “declaraciones de voluntad” o “negocios”.⁷

Para Arturo Alessandri “lo que constituye en su esencia al acto jurídico es ser un acto voluntario ejecutado con la mira de producir un efecto jurídico”.⁸

Vista la diferenciación, considero que el acto jurídico confluye en el negocio (que es la compraventa) y que viene a ser el acto jurídico, conforme a derecho, la conducta humana lícita y voluntaria, que se plasma en la declaración de voluntad a través del contrato.

Eugene Petit, señala que según Ulpiano en “todo *contrato* hay una *convención*”.⁹ Y agrega “que para tener la noción del contrato es preciso saber primeramente lo que es una convención”... y cuando dos o más personas se ponen de

⁴“Contrato”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo 2, (México: Porrúa- UNAM, 2002), 551.

⁵“Contrato”, en *Diccionario Jurídico Espasa*, (Madrid: Espasa Calpe, 2007) 408.

⁶ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 1, (Bogotá: Editorial Temis, 1957)308-9.

⁷ Arturo Valencia Zea, *Ibíd*, 308-11 en Oertman, p177, y von Tuhr, vol II, p.118.

⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los Contratos*, (Bogotá: Editorial Temis, 2011),1.

⁹ Ulpiano, L.1 3, D., *de pactis*, II, 14:...*Ut eleganter dicat Padius nullum esse contractum, nullum obligationem, quae non habeat in se conventionem*. La palabra *obligatio* se refiere a la obligación convencional.

Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, (México: Editorial Porrúa, 2006) 317.

acuerdo respecto de un objeto determinado, se dice que hay en ellas *convención o pacto*. Las partes que hacen una convención destinada a producir un efecto jurídico pueden proponerse *crear, modificar o extinguir un derecho*. No tenemos que ocuparnos aquí más que de las convenciones que tienden a crear un derecho: son las únicas que forman el género cuya especie es el contrato.¹⁰

Para Víctor Amauri Simental Franco el contrato no constituye uno de los conceptos jurídicos fundamentales, sin embargo, presenta un estudio sobre su naturaleza jurídica y da una explicación doctrinaria científica sobre la diferencia entre convenio y contrato. Así, existen sinónimos de la palabra contrato: pacto, convención, acuerdo, compromiso, obligación, transacción, arreglo, compraventa, etc., pero señala que el convenio no es el género al que pertenece la categoría contrato, sino que convenio y contrato forman un concepto más amplio. Para el autor, el estudio del contrato se ha realizado desde la perspectiva de acto jurídico, por lo que el género del que se desprende el contrato no es el convenio, pues convenio y contrato son especies de un género social-gramatical, metajurídico que es el acuerdo.¹¹

Amauri cita a Recaséns Siches quien cuestiona la pertenencia del contrato solo al mundo del derecho, ya que este rebasa a otro que es el de las relaciones humanas.¹² Señala que el contrato no constituye una figura jurídica a priori, es decir, no es una de las formas jurídicas categoriales puras, fundamentales que pertenezca a la ciencia del derecho y que tenga necesariamente que hallarse presente en todo régimen u ordenamiento, aunque de hecho la hallamos en la mayor parte de sistemas positivos.¹³

Kelsen, por otro lado, explica los principios dinámicos y estáticos en los que se manifiesta el derecho y considera que no importa tanto el contenido de la norma en el aspecto dinámico, más cuando se haya formulado con un sustento normativo previo que faculte su creación, proponiendo la construcción escalonada del orden jurídico, encontrándose en el último peldaño el contrato como norma jurídica individualizada.¹⁴

¹⁰Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ibíd, 317.

¹¹Víctor Amauri Simental Franco, Contratos, consideraciones en torno a su definición, *Revista de Derecho Privado, nueva época, año VII, no. 21-22, septiembre de 2008-abril de 2009*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 99-123. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf>>

¹² Luis Recaséns Siches, El contrato: su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, (México: 1956) 5.

¹³ Luis Recaséns Siches, *Ibid*, 4.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho*, 2da edic., trad. de Roberto Vernengo, (México: Porrúa, 2002) 203.

Por otro lado, Jorge Alfredo Domínguez Martínez señala que, entre convenio y contrato no existe una relación género –especie y basa su teoría en la distinción que existe entre la definición legal de contrato y convenio, ya que el contrato se refiere a la transmisión de derechos y obligaciones y el convenio solamente a las obligaciones.¹⁵

No obstante las consideraciones sobre la relación género - especie del contrato y del convenio, considero que, parafraseando con Amauri Sánchez, son dos especies de un género social-gramatical meta jurídico que es el acuerdo y, además, este acuerdo, basándome en el análisis de Valencia Zea y las doctrinas alemana y francesa, y la de Arturo Alessandri, es un acto jurídico voluntario que produce efectos jurídicos.

De ahí, la interrogante: ¿qué le da el carácter jurídico al contrato? Al respecto, Récasens Sichés dice: “hay que reputarlo como jurídico cuando el orden jurídico (positivo) lo reconoce o lo consagra como tal. Un convenio o contrato es contrato jurídico cuando lo acordado por las partes vale como norma jurídica, es decir, como norma cuyo cumplimiento... puede ser impuesto de modo inexorable por los órganos de derecho”.¹⁶

El contrato presenta entonces una doble naturaleza jurídica. Por un lado es un acto jurídico y por otro, es una norma jurídica especializada.

El Código Civil ecuatoriano identifica el contrato como fuente de las obligaciones y determina que constituye un acuerdo de voluntades¹⁷, en el que una persona se compromete con otra a dar, hacer o no hacer una determinada prestación. Establece también que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga

¹⁵ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Convenio y Contrato*, (México: Porrúa, 2002)

¹⁶ Récasens Sichés, Luis, *Ibíd*, 16-7.

¹⁷ Ecuador Código Civil

LIBRO IV - TITULO I

De las obligaciones en general y de los contratos

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Art. 1455.- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Art. 1456.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

<<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>>

para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹⁸

Al ser el contrato un acto jurídico, su importancia radica en su fuerza vinculante y en los efectos jurídicos que produce. La fuerza jurídica del contrato se deriva, por lo tanto, de la ley, aunque existan otras razones que van más allá y que constituyen su razón *plus ultra iuris*. Esta fuerza vinculante manifestada de diversas formas, da lugar a una pluralidad de sistemas de contratación (contratos civiles, mercantiles, internacionales, etc.).

El contrato nace a la vida como todo acto humano y surge cuando se exterioriza a través del acuerdo. El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares que aunque no lo obliguen, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros efectos y alcances, conforme con el principio general de buena fe al que están sometidos (estos tratos preliminares crean una relación jurídica de confianza, que impone obligaciones recíprocas; o como expresión de dos situaciones sin conexión, que impone un deber de respeto, pero también una actuación positiva de lealtad).

El Código Civil ecuatoriano concibe la situación preliminar como la promesa de contrato de compra venta; en la compra venta internacional de mercaderías se presenta a través de la figura de la oferta y aceptación, como dos momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con un destinatario concreto. El alcance vinculante se da por el hecho de la aceptación. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

En la actualidad, para elaborar y redactar los contratos, se consideran como criterios o principios de los contratos la libertad de contratación en la que cada persona puede o no celebrar un contrato, es decir, quien contrata lo hace porque así lo estima.

¹⁸Ecuador Código Civil
LIBRO IV - TITULO I

De las obligaciones en general y de los contratos

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Sin embargo, el Estado tiene la necesidad de intervenir para evitar desequilibrios exagerados poniendo límites en la determinación del contenido contractual, a través de la cual las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Estos límites, como la imposibilidad de emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, la imposibilidad de usar el contrato más allá de lo que la ley autoriza, permite la nulidad de los mismos cuando transgredan el límite. Así, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a unos contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero a su elaboración conforme con criterios legalmente fijados (contratos de adhesión); y la libertad formal, en la que las partes determinan de qué forma ha de ser el contrato, sea oral, escrita, en documento privado o en documento público.¹⁹

De ahí, la importancia de establecer la existencia de los contratos y de distinguir qué determina la validez y la eficacia de los mismos.

Para Víctor Amauri Simental Franco²⁰, tanto el contrato como los actos jurídicos contienen elementos de existencia, principales y esenciales, como el objeto, el consentimiento y en algunos casos la solemnidad. Cuando falta alguno de ellos, el efecto directo viene a ser la no existencia del contrato; y, en consecuencia, la imposibilidad de que exista alguna consecuencia o acto jurídico.

Habitualmente, todo contrato contiene elementos de la esencia, naturales y accidentales.²¹ Los elementos de la esencia o propios que reúne un contrato determinan la validez del contrato, pues si falta uno, el contrato no existe y carece de validez. Los elementos que determinan la validez del contrato son la capacidad, el objeto, el consentimiento y la causa.

¹⁹Al respecto, existen varias teorías filosóficas (GROCIO, PUFFENDORF, BENTHAM) que remiten a un pacto social, o como resultado de un mero interés individual. Actualmente la sociología considera que la eficacia del contrato no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por diversos motivos sean éstos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto, que es aquel que las sociedades, y los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de cooperación y cumplimiento, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Es por esto que los contratos tienen un carácter vinculante para las partes que en ellos intervienen, en función de lo que ellas han acordado.

“Contrato”, en *Diccionario Jurídico Espasa*, (Madrid: Espasa Calpe, 2007).

²⁰ Víctor Mauri Simental Franco, “Enfoque actual de la Teoría General del Contrato, elementos esenciales”. En <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/elementos-contrato.htm>>. Consulta 4 de julio de 2016. 16:48

²¹ <http://www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Contratos%201.pdf>, consulta 4 julio 2016, 8:38

En el código civil francés son elementos esenciales de los contratos la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa; y en el italiano son el objeto, el consentimiento y la causa para los contratos formales absolutos. La capacidad sería un presupuesto del conocimiento que se da por entendida.

En la compra venta, además de los elementos esenciales generales mencionados, también existen elementos esenciales particulares como la cosa y el precio. Hay otros elementos que son los naturales en cuyo caso la ley los regula para un contrato determinado, y que las partes pueden dejar de lado pues constituyen la continuidad del negocio, inclusive ante el silencio de las partes (la gratuidad, por ejemplo, es un elemento natural de la donación; las garantías por evicción y por vicios redhibitorios son elemento natural de los contratos a título oneroso) y; los accidentales que pueden introducirse de común acuerdo por las partes en los contratos, es decir que nacen de la voluntad de las partes, y no son previstos por el legislador, como la condición o el plazo.

Tanto los elementos naturales como los accidentales son efectos de los contratos y no determinan la validez de los mismos.

Para Mosset Iturraspe²² la doctrina moderna hace una distinción entre elementos y presupuestos del contrato. Según la doctrina clásica, los elementos constitutivos o estructurales -eran denominados como esenciales y no intervenía en ellos la autonomía de la voluntad. Esta distinción entre elementos constitutivos o estructurales y los accidentales es muy útil para el estudio de los contratos, por lo que Barbero entiende que los "elementos accidentales" son, en rigor, requisitos para la eficacia del contrato.²³

Según Fernando Hinestrosa, la eficacia es la "fuerza, aptitud para producir efectos, a la vez que realización de éstos; en tanto que ineficacia es la ausencia de efectos, o más ampliamente, la afectación de éstos"²⁴

El interés sobre validez e invalidez y eficacia e ineficacia adquiere importancia cuando de la dimensión del negocio jurídico se trata y en el ámbito del derecho privado y de los contratos de compra venta y compra venta internacional de mercaderías, en lo

²² <<http://www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Contratos%201.pdf>>, consulta 4 julio 2016, 8:38

²³ <<http://www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Contratos%201.pdf>>, consulta 4 julio 2016, 8:38

²⁴ Fernando Hinestrosa, Eficacia e Ineficacia del contrato, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX* (Valparaíso, Chile, 1999), Seminario sobre la Teoría del Contrato, Universidad Externado de Colombia, en el, 24-26 mayo 1999. <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/433/406>. Consulta 4 julio 2016, 9.31

referente a la relación de causalidad ya que es necesario comprobar dónde surge el efecto, cómo se produce o deja de producirse, y si en última instancia desaparece.

Así, el negocio jurídico es ineficaz cuando no genera efectos o, más precisamente, aquél que por cualquier motivo sea interno o externo, deja de generar efectos propios, en general, o en función de su naturaleza o de disposiciones específicas de las partes. También los significados de ineficacia pueden variar: puede ser amplio con el equivalente a la falta o disminución de efectos, dando lugar a variadas eventualidades como la inexistencia, invalidez (nulidad o anulabilidad); o restringido suprimiéndose o atenuándose los efectos finales, lo que presupone un comportamiento válido²⁵, perfectamente aplicable a la compra venta de mercaderías.

1.1.1 Noción de contrato internacional

Para María José Cano y otros “en las relaciones internacionales, ya sean comerciales, financieras o tecnológicas es indispensable utilizar eficientemente el contrato internacional, como instrumento de garantía y de seguridad jurídica”.²⁶

El contrato internacional tiene en la práctica mucha importancia puesto que es el instrumento jurídico necesario en el tráfico mercantil internacional ya que es el gestor de las operaciones y en él se sintetizan derechos y obligaciones de las partes en el negocio internacional.

Respecto de la naturaleza jurídica de los contratos internacionales, la doctrina ha puesto en duda su existencia. Batiffol los llamó *Contract d'efetts internationaux* (contratos de efectos internacionales); Aníbal Sierralta Ríos cita a algunos autores como Irineu Strenger, quien los denomina “contratos internacionales de comercio”.²⁷ Hay quienes niegan su existencia basándose en un precedente judicial de la Corte

²⁵ Fernando Hinestrosa, Eficacia e Ineficacia del contrato, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX* (Valparaíso, Chile, 1999), Seminario sobre la Teoría del **Contrato**, Universidad Externado de Colombia, en el, 24-26 mayo 1999. <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/433/406>. Consulta 4 julio 2016, 9.31

²⁶ María José Cano, Begoña Bevia, José Lusi Roca Aymar, Ana Salinas, “Contratación Internacional”, Escuela de Organización Industrial, (2010), 4. en <http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:67180/componente67178.pdf>

²⁷ Aníbal Sierralta Ríos y Luis Olavo Baptista, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, 3a edición, (Bogotá: Editorial Temis, 1998) 42.

Internacional de Justicia en el que se señala que no hay contrato que no esté unido a la ley de un país.²⁸

Por otro lado, Verdross entiende que los contratos internacionales pueden nacer fuera de cualquier sistema jurídico, sea nacional o internacional. Son los *contract sans loi*, que se auto regularían y cuyas consecuencias, hasta en caso de inejecución, serían derivadas de las reglas que contengan,²⁹ teoría (Teoría de la Autosuficiencia) que fracasa por contener una petición de principio³⁰ y por el hecho, de orden práctico de que, por más voluminosos que sean los contratos, no podrían contener todos los principios y normas referentes a su interpretación y ejecución. Otros teóricos, en la búsqueda de llegar al mismo resultado sustrayendo el contrato a las leyes nacionales, pensaron en un derecho transnacional, un *New Merchant Law* o nueva *Lex Mercatoria* que regiría los contratos internacionales y que solo existirían bajo su protección.³¹

No obstante todas estas teorías, José Luis Siqueiros señala que no existe una definición precisa en el derecho internacional privado para determinar cuándo estamos en presencia de un contrato internacional y esto se debe a que siempre se ha querido dar explicación al contrato dentro del ámbito del derecho internacional privado, desconociendo las fuerzas del comercio. Independientemente de la naturaleza jurídica del negocio o transacción, es necesario determinar que existirán sujetos que actuarán en un marco jurídico determinado. Adicionalmente, al decir de María José Cano y otros “el entorno jurídico internacional se caracteriza por una pluralidad de leyes, multiplicidad de usos y costumbres, variedad de jurisdicciones existentes, diversidad de prácticas y usos comerciales”³².

Por lo tanto, para José Luis Siqueiros, “definir la ‘internacionalidad’ de un contrato puede conllevar distintas soluciones puesto que la normatividad sobre este

²⁸CPJI, Serie A, núms. 20/21. 41 Manifiestan que “Todo contrato que no es un contrato ente Estados en tanto que sujetos de derecho internacional, es fundamentalmente un contrato nacional”.

Aníbal Sierralta Ríos, *Ibíd*, 42.

²⁹Verdross, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol 18, (1957-1958) 30 y ss. en Sierralta Ríos, *Ibíd*, 42

³⁰ Es la versión latina de una idea de Aristóteles: *petere id quod demonstrandum in principio propositum est*, que (usted perdone por la agresión) significa: afirmar aquello que se debe demostrar.

Ricardo García Damborenea, *Diccionario de falacias*. Consulta: 10 de julio de 2016. 13:50

<<http://perso.wanadoo.es/usoderazonweb/html/conten/arca/listado/petip.htm>>

³¹Sierralta Ríos, *Ibíd*, 42

³² María José Cano, Begoña Bevia, José Luis Roca Aymar, Ana Salinas, “Contratación Internacional”, *Escuela de Organización Industrial*, (2010), 6 en

<http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:67180/componente67178.pdf>

tema en el derecho convencional y en la legislación interna puede ser distinta en cuanto al criterio que se adopte³³. El mismo autor utiliza como ejemplo, la Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías “que aplica sus disposiciones a los contratos celebrados entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (si tales Estados son partes de la convención), o cuando las normas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley de un Estado contratante. Para la aplicación de la Convención de Viena no se tomarán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de ellas o del contrato. En cuanto a la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales se establece que su ámbito de aplicación está dirigido a situaciones que involucren un conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales, sin embargo, implícitamente adopta un criterio fundado en los "elementos objetivos", y establece que la elección por las partes de una ley extranjera para regir su contrato no es suficiente *per se*, para "internacionalizar" el último, si el resto de tales elementos objetivos (lugar de celebración, de negociación, de ejecución) se encuentran localizados en un solo país; y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México, 1994), establece que "se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte".³⁴

Para el doctor José Vicente Troya Jaramillo, la noción de contrato internacional pretende designar una realidad sumamente compleja y, en este sentido, plantea la dificultad inherente a todo esfuerzo de construcción de una noción unitaria.³⁵ El adjetivo “internacional” sitúa al contrato frente a la naturaleza - interna o internacional- de las relaciones contractuales contempladas. Es, por tanto, en principio internacional, aquel

³³Siqueiros, José Luis, “Los Nuevos principios Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales” Biblioteca Jurídica Virtual, *Revista de Derecho Privado* No. 1. UNAM. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr6.htm>>. Consulta: 21 de marzo de 2015

³⁴José Luis Siqueiros, “Los Nuevos principios Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales” *Ibíd.*

Es necesario aclarar que dicha Convención no entró en vigor.

³⁵ Es por esto, dice el autor que el Convenio de Roma prescinda de esta noción y se delimite el ámbito de aplicación a partir de la expresión del art 1.1. “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes a las obligaciones contractuales”.

José Vicente Troya, *El carácter internacional de los contratos*, documento No. 9, SF.

contrato cuyos elementos objetivos (lugar de situación del bien, lugar de entrega de la cosa, establecimiento de las partes, etc.) o subjetivos (nacionalidad de las partes) aparecen dispersos en el ámbito de distintos ordenamientos jurídicos.

Vemos así que los diversos elementos en el contrato pueden ser vinculados a diferentes Estados: las partes, su nacionalidad, la localización de su establecimiento, el objeto del contrato, el origen y / o destino de las mercaderías o la moneda utilizada. En el caso de la compraventa internacional de mercaderías se procuró unir dos criterios, creando un tercero ecléctico, que reúna los elementos ligados al establecimiento contratante y al origen o destino del objeto.³⁶

Citando a María José Cano y otros “en el contexto del tráfico mercantil, el contrato internacional, es todo acuerdo de voluntad pactado por dos o más partes, con domicilios o residencias en Estados distintos o conectado con un ordenamiento jurídico extranjero, para la realización de una transacción o negocio”³⁷. En virtud de este acuerdo, agrega la autora, “un vendedor de un determinado país se obliga a entregar y garantizar a un comprador extranjero, ciertos productos, bienes, o servicios, remitiéndolos en la forma, lugar, y fecha pactada, y bajo precio cierto o determinable, todo ello de acuerdo con la legislación expresamente pactada o, en su defecto, según las normas del derecho internacional”.³⁸

Reflexionando lo expuesto, acercándome a una noción de contrato internacional y fundamentándome en los criterios del doctor José Luis Siqueiros y el doctor José Vicente Troya Jaramillo, diría que constituye un acuerdo de voluntad pactado por dos o más partes, y en el que existen o pueden conjugarse elementos objetivos (lugar de situación del bien, lugar de entrega de la cosa, establecimiento de las partes, etc.) o subjetivos (nacionalidad de las partes) vinculados a distintos ordenamientos jurídicos.³⁹

³⁶ Es así como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías considera que dichos contratos son internacionales cuando vendedor y comprador tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Otros (concretamente el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la venta internacional de mercancías, y en el mismo contexto, posterior de 15 de abril de 1959, relativo a la transferencia de propiedad en la venta internacional, renuncian explícitamente a todo intento de definición.

José Vicente Troya Jaramillo, *Ibíd.*, 5.

³⁷ María José Cano, Begoña Bevia, José Luis Roca Aymar, Ana Salinas, “Contratación Internacional”, *Escuela de Organización Industrial*, (2010), 7 en <http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:67180/componente67178.pdf>

³⁸ María José Cano, y otros, *Contratación Internacional*. *Ibíd.*

³⁹ La Jurisprudencia permite determinar los elementos que le dan el carácter de internacional al contrato.

Así, en caso Clout 867 publicado en la UNCITRAL sobre un contrato celebrado entre un comprador esloveno y un vendedor italiano para la venta de diferentes modelos de calzado, el comprador demandó al vendedor ante el Tribunal de Distrito de Forlì (Tribunale di Forlì). El Tribunal se declaró competente de conformidad con el Reglamento de la Unión Europea N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se determina que aunque el demandante no se había referido a la CIM, el Tribunal afirmó que la relación contractual era de carácter internacional según el artículo 1 de la Convención, dado que las partes tenían sus establecimientos en Estados contratantes diferentes. Por consiguiente, el contrato se regía por la CIM, que es *lex specialis* frente a las normas nacionales generales en materia de conflicto de leyes.

Caso 867: CIM 1, 25, 30, 35 2) a), 38, 39 1), 53, 84 , Italia: Tribunale di Forlì Mitias v. Solidea S.r.L
9 de diciembre de 2008, n.2280.Original en italiano

www.CISG-online.ch

<https://documentos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpemElement>

Consulta: 4 de julio de 2016.

En otro caso, el caso 651 sobre un contrato para el suministro de mercancías (conejes) entre una compañía eslovena (proveedor) y una empresa italiana (comprador), antes de decidir sobre el fondo del caso, el tribunal examinó algunas cuestiones preliminares acerca de la ley aplicable. En su contrato de suministro, las partes habían acordado “que se rigiera por las reglas y el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia”, dando a entender que querían excluir la aplicación de la ley italiana o eslovena, así como la CIM. El tribunal arguyó que en el asunto controvertido el derecho sustantivo uniforme (es decir, la CIM) debía prevalecer sobre un enfoque basado en las normas de conflicto de leyes, por ser esta la forma tradicional de proceder en un contrato internacional: el recurso a las convenciones de derecho sustantivo uniforme debía prevalecer sobre el recurso a las reglas de conflicto de leyes. El tribunal también se preocupó de la cuestión de la posible exclusión implícita de la CIM en el contrato (a la luz de la cláusula de opción del art. 6 de la CIM). Argumentando que lo dicho en el contrato no debía considerarse una exclusión explícita o implícita de la CIM, el tribunal estableció que la referencia a las reglas y el reglamento de la CCI no podía entenderse como una “selección de la ley” efectuada de acuerdo con el derecho internacional privado.

Caso 651: CIM 6; 7; 25 Italia, Tribunale di Padova Ostroznik Savo (Vzerja Kunccev) e Eurotrafic s.r.l. vs. La Faraona soc. coop. a r. l. 11 de enero de 2005

Publicado en Alemania: El foro jurídico europeo (Forum Iuris Communis Europae), 3 – 2005, II;

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050111i3.html>

Resumen preparado por María Chiara Malaguti, Corresponsal Nacional, y Davide Marcianó

www.CISG-online.ch

<https://documentos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpemElement>

Consulta: 4 de julio de 2016.

En el caso Clout 106 un comprador austríaco encargó en Alemania una gran cantidad de pieles de chinchilla de calidad mediana o superior a un precio de 35 a 65 marcos alemanes por pieza. El vendedor alemán entregó 249 pieles. El comprador austríaco, sin abrir las mercancías embaladas, las vendió al mismo precio a un comerciante italiano de pieles. El comerciante italiano devolvió 13 pieles por considerar que eran de calidad inferior a la convenida. El comprador austríaco envió al vendedor alemán una lista en la que se detallaban las pieles rechazadas y se negó a pagar el precio argumentando que había vendido las pieles a un tercero actuando como agente del vendedor alemán.

El tribunal de primera instancia ordenó al comprador austríaco que pagara el precio de las pieles rechazadas, dado que éstas figuraban en el contrato. Al comprobar que las pieles de calidad mediana se vendían en el mercado a un precio máximo de 60 marcos alemanes, el tribunal consideró razonable fijar un precio de 50 marcos alemanes por piel.

El Tribunal de Apelación confirmó esa decisión. En opinión del tribunal, la CCIM era aplicable dado que las partes tenían sus respectivos establecimientos en Estados partes en la Convención y que el litigio entraba en el ámbito de aplicación de la Convención. El Tribunal de Apelación estimó además que se había celebrado un contrato válido sobre la base del pedido, que era suficientemente preciso en cuanto a la cantidad y a la calidad de las mercancías.

1.1.2. El contrato de compra venta en la doctrina

La forma más primitiva de compra venta consistió en el trueque de cosa y precio que se realizaba con el simple intercambio manual.

Cuando hablamos de los contratos en Roma, vimos que el *nexum* constituía el modo más antiguo de crear una obligación civil. Con posterioridad a los contratos nacidos del *nexum*, aparecieron otros como el *mutuum*, es decir, “a condición de que la convención fuera acompañada de la entrega de una cosa”. Entre ellos estaban el *comodato*, el *depósito* y el *pigniso* contrato de prenda. Operaciones que no eran desconocidas por los romanos antes de que el Derecho Civil hubiese hecho de ellas contratos. En estas operaciones se procedía de la siguiente manera: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda se transfería al prestatario, al depositario o al acreedor por *mancipatio in jure cesio*. Se añadía un pacto por el cual el adquirente se comprometía a volver a transferir la cosa al antiguo propietario. En los contratos consensuales, la venta era la más antigua. Mientras la moneda fue desconocida, no se practicó más que el *cambio* al contado, los contratos eran, en esos casos *verbis* o verbales. Con la introducción de la moneda, la venta viene a ser la forma en la que se adquiere una cosa mediante un precio. Para realizarla, el vendedor transfería la comprador la propiedad de la cosa vendida por mancipación o tradición, según los casos; era una *datio* a título de venta, de allí el nombre *vendudatio*. El precio era pagado inmediatamente. Más tarde, la estipulación dotó a las partes el medio de hacer la venta de otro modo distinto que al contado. Las obligaciones consentidas por el vendedor y el comprador se resumían y formulaban en una doble estipulación: uno se comprometía a entregar la cosa y el otro a pagar el precio. De ahí que estos contratos se formaban solo

El Tribunal Supremo confirmó la decisión del Tribunal de Apelación y resolvió que la Convención era aplicable, ya que había un contrato internacional de compraventa en el sentido del artículo 1 1) a) de la CCIM.

Caso 106: CCIM 1 1) a); 14; 8 2) y 3); 55; 57 1)

Austria: Tribunal Supremo; 2 Ob 547/93

10 de noviembre de 1994

Publicado en alemán: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1995, 79

<<https://documentos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpenElement>>

Consulta: 4 de julio de 2016.

consensu.⁴⁰ En el derecho romano, las partes acordaban el cambio de una cosa (*merx*) que se entregara al comprador (*emptor*) por lo que recibía una cantidad de dinero (*pretium*) que era pagada al vendedor (*venditor*).

De acuerdo con Eugene Petit, además de las condiciones de validez especiales de cada uno de los contratos, existían elementos comunes en todos los contratos y que son esenciales a su existencia: el consentimiento de las partes, su capacidad y un objeto válido. En cuanto al consentimiento, este viene a ser el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado y es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato. En cuanto a la capacidad es preciso que esté hecho entre personas capaces y en cuanto al objeto válido, debe reunir ciertos caracteres como ser posible, ser lícito, debe ser determinado y debe ser cierto. Eugene Petit incorpora otro elemento: debe constituir para el acreedor una apreciable ventaja en dinero.⁴¹

Los romanos, así, aceptaron que el contrato se perfeccionaba a través del consentimiento, siendo concurrentes las obligaciones de entrega y pago, sin dejar de reconocer que aquella sólo se transferiría por actos materiales. Reconocieron que los contratos creaban solamente obligaciones pero, en ningún caso, transferir el dominio. Posteriormente, los romanos aplicaron al contrato el principio de que el riesgo del cuerpo cierto está a cargo del acreedor por los efectos propios de ser un acto traslativo de dominio. Hubo una larga época que medió entre el derecho romano y la codificación moderna en que lo mencionado se mantuvo invariable y todos los cuerpos intermedios dieron ese mismo carácter a la compra venta. Así ocurrió en las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, etc.

En el siglo XVIII las ideas empezaron a evolucionar. Algunos juristas como Bourjon y Argou, comenzaron a reconocer que la compra venta no solo otorgaba un título al comprador, sino que le transfería en el acto el dominio de la cosa. Posteriormente, los redactores del Código Civil francés fueron quienes sentaron definitivamente, como dice Baudry-Lacantinerie, la nueva doctrina que consistía en hacer del contrato de compra venta un acto traslativo de dominio o en otras palabras, que el comprador adquiriera el dominio de la cosa vendida por el solo hecho de celebrarse el contrato sin que para ello fuera necesaria la tradición o entrega de la

⁴⁰ Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, (México: Editorial Porrúa, 2005) 317-25.

⁴¹ Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, (México: Editorial Porrúa, 2005) 325-32.

cosa.⁴² Así, tanto el código civil francés como el código italiano determinan que la compraventa es la voluntad de las partes en la que opera la transferencia de dominio.⁴³

El contrato de compra venta es, actualmente, el que tiene mayor importancia por ser la forma principal de adquirir el dominio. En el derecho moderno constituye uno de los títulos traslativos de dominio y no un modo de adquirirlo (los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, tradición, la sucesión por casusa de muerte, la prescripción, como lo establece el Código Civil Ecuatoriano⁴⁴), y como título, sirve de antecedente para la tradición que es el modo de adquirir el dominio⁴⁵ ya que por el título de la compra venta el vendedor se obliga a transferir el dominio al comprador.

La Enciclopedia jurídica Omeba define al contrato de compra venta como “un contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir a otra la propiedad de una cosa, y ésta a pagarle por ella un precio cierto en dinero”.⁴⁶ Arturo Valencia Zea define a la compra venta como “un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”.⁴⁷ Sergio Vásquez Barros, señala que, “la compra venta desde el punto de vista netamente económico, implica la posibilidad y, al mismo tiempo, la facultad de cambiar bienes por dinero; siendo el tráfico habitual, el más importante y, al mismo tiempo, el más usual de los contratos...”⁴⁸

Los tres conceptos reúnen características aplicables a los contratos de compra venta. En este sentido, podemos ver que, de acuerdo con Arturo Valencia Zea, “en un sentido restringido la compra venta es el contrato en virtud del cual una persona se obliga a transmitir la propiedad sobre una cosa a otra, a cambio de una suma dinero”⁴⁹ y amplía indicando que “es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a

⁴² Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo I, vol. 1, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013), 7-19.

⁴³ Arturo Alessandri señala que fueron Gocio y Puffendorf quienes formularon” el principio de que la propiedad se transfiere por el efecto de la convención, y que era innecesario exigir un acto material como la tradición para efectuar la transferencia de la propiedad, que es un derecho, y por lo tanto, una cosa incorporal. “

Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta*, *Ibíd*, 24.

⁴⁴ Ecuador *Código Civil*, art. 603. En <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>>

⁴⁵ Alcides Nuñez, *La compra venta en el derecho mercantil*, tesis previa a la obtención de doctor en jurisprudencia y ciencias sociales, (Quito: Universidad Central, 1939) 9.

⁴⁶ “Contrato de Compra Venta”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo 3, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, S.F.) 511.

⁴⁷ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 4, Contratos, (Bogotá: Editorial Temis, 1961), 9.

⁴⁸ Sergio Vásquez Barros, *Contratos de compraventa y permuta*, (Madrid: Edit. Tecnos, 2003), 48.

⁴⁹ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 1, *Ibíd*, 9.

transmitir a otra cualquier derecho patrimonial preexistente a cambio de una suma de dinero”.⁵⁰

Entre las características esenciales y la naturaleza jurídica, el contrato de compraventa, según Arturo Alessandri, es un contrato: a) bilateral porque genera derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes que consisten, una en dar una cosa y la otra en pagar su valor en dinero; b) conmutativo, porque las prestaciones u obligaciones recíprocas de los contratantes se consideran equivalentes entre sí⁵¹, lo que también le convierte en oneroso; y c) consensual, porque se perfecciona por el consentimiento de las partes, es decir, la venta se ha perfeccionado desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio a través de las distintas formas de manifestación de la voluntad, esto es tácito y expreso; pero a más del consentimiento se requiere del cumplimiento de ciertas solemnidades o de la entrega misma de la cosa objeto del contrato.⁵² Sergio Vásquez Barros también cita como principales características de los contratos de compra venta la bilateralidad, la consensualidad, la obligatoriedad, conmutabilidad y onerosidad y añade que el contrato de compra venta es un contrato típico, por cuanto su nombre, caracteres y funcionalidad vienen determinados en la ley⁵³.

El Código Civil ecuatoriano define a la compra venta como un “contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio”.⁵⁴ Concepto que reúne las condiciones de entrega de la cosa y pago del precio, pero que no especifica con exactitud en qué sentido se obliga a “dar” la cosa, por lo que se desvirtúa el significado de la transferencia de dominio; y, que adicionalmente señala

⁵⁰ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil Tomo, 1* *Ibíd*, 10.

⁵¹ Arturo Alessandri sostiene que la compraventa debe ser siempre un contrato conmutativo ya que se funda en la intención que tienen las partes al celebrar el contrato, Señala que, como dice Baudry-Lacantinerie: “...cada parte tiene la intención de recibir el equivalente de los que ella da”.

Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo I, vol. 1, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 20013), 9.

⁵² Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta*, *Ibíd*, 7-17

⁵³ El autor, señala que en cualquier caso, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de entrar en materia, es la existencia, dentro del ámbito del derecho privado, de compra venta civil y mercantil; la primera es aquella que está sometida a las normas reguladoras del de Derecho Civil y la segunda, quedaría dentro del ámbito del Derecho Mercantil y ello tendrá lugar cuando el negocio jurídico en cuestión, constituye un acto de comercio.

Sergio Vásquez Barros, *Contratos de compra venta y permuta*, (Madrid: Editorial Tecnos, 2003) 54-80

⁵⁴ Ecuador Código Civil, art. 1732.

en la definición la palabra “cosa” lo que da la impresión de que se trata únicamente de “cosas corporales” y no los derechos por lo que acepta el principio del Derecho Romano de que la compraventa es un título traslativo de dominio y que habilita para adquirir el mismo.

Adicionalmente, respecto de los contratos en general, y de la compraventa en particular, es necesario decir que también el código civil admite el principio de buena fe de los contratos⁵⁵, lo que conjuga con los principios que constan en el marco de la contratación comercial internacional y, específicamente, de la compra venta internacional de mercaderías.

1.1.3 El contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías

El contrato de compra venta es el instrumento jurídico y económico utilizado más frecuentemente para la circulación de los bienes por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones. Los intercambios comerciales de exportación e importación del territorio de un Estado a otro se articulan normalmente en la economía moderna a través de este contrato por lo que resulta ser el instrumento básico en las relaciones económicas en todo el mundo y practicado desde épocas remotas.

Al decir de Cuatrecasas Gonçalves Pereira, “uno de los instrumentos internacionales que permite una cierta uniformidad a los contratos de compra venta internacionales es la Convención de la ONU sobre el contrato de compra venta internacional de mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980, cuya finalidad es

⁵⁵ Ecuador Código Civil, arts. 1561,1562,1563

Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

el fomento y unificación del comercio internacional”⁵⁶. “La Convención constituye la culminación de un proceso unificador en torno a la compra venta internacional, que se inicia en 1930 en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y continúa con la Conferencia de La Haya de 1 de julio de 1964 donde se aprueba la Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles corporales (LUCI) y la Ley Uniforme sobre formación de los contratos para la venta internacional de bienes muebles corporales (LUFICI)”, anota Oviedo⁵⁷. Para Roberto Bloch “si existe tradicionalmente un contrato esencial, básico en el comercio internacional, ése es el contrato de compraventa internacional de mercaderías”.⁵⁸

En 1964 se plantea proceder con la reforma de las dos Convenciones de La Haya de 1964 o elaborar nuevos textos alejados de influencias partidistas. Prevaleció la segunda, aprobándose un texto por la UNCITRAL seguido de unos comentarios preparados por la Secretaría de este Organismo. Así la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó la Conferencia de Viena que discutió y aprobó la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.⁵⁹

Según Manuel Medina de Lemus, la Convención de Viena (1980) “intenta alcanzar un equilibrio entre lo sintético del ‘civil law’ y lo analítico del ‘common Law’, aunque no es opinión unánime. Inclusive, dice el autor, que llegó a decirse que es un texto híbrido de dudosa aplicación práctica y difícilmente comprensible para los comerciantes y los juristas de la mayoría de Europa y de toda América del Centro y del Sur por tres motivos: el excesivo casuismo de la ley, el desmesurado empleo de calificativos para los sustantivos y de adverbios para los verbos y la utilización de técnicas legislativas desconocidas en el ‘civil law’”.⁶⁰

Desde el punto de vista formal, la Convención no recoge todos los aspectos de los contratos pero si se encuentran los temas relativos a la perfección del contrato y al contenido del mismo. Respecto del contrato, según Maximiliano Rodríguez Fernández,

⁵⁶ Cuatrecasas Gonçalves, Pereira, *El Contrato de Compra Venta Internacional*. 8.

<https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjlx/~edisp/dax2014291092.pdf>. Consulta: 08 de marzo de 2016, 6

⁵⁷ Oviedo Albán, Jorge, La Unificación del Derecho Privado UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales. <http://www.cisj.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>. Consulta: 20 de marzo de 2016.

⁵⁸ Roberto D. Bloch, *El Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, (Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 2012), 29.

⁵⁹ Manuel Medina de Lemus, *Contratos de Comercio exterior*, 2a ed. (Dikinson, 2000)80 -3.

⁶⁰ *Ibíd*, 83

“para que la Convención de Viena de 1980 se aplique a un contrato de compra venta internacional de mercaderías, es necesaria la concurrencia de varias circunstancias como ya se deduce de la materia regulada: ha de tratarse de una compraventa, que sea internacional, y que sea de mercaderías”⁶¹. La mercadería, según Bloch es “todo aquello que se puede vender o comprar. Usualmente, el término se aplica a bienes económicos. Suele diferenciarse entre productos, bienes tangibles, y servicios, bienes intangibles”. “El concepto de mercadería presupone el de intercambio y el de mercado (ámbito abstracto donde se encuentra la oferta y la demanda”⁶². Destaca, en el ámbito de aplicación los principios de autonomía de la voluntad que, parafraseando con Cuatrecasas y lo que establece la propia Convención a los contratos de compra venta de mercaderías entre partes con establecimiento en naciones diferentes, lo que implica una ventaja para las partes puesto que permite conocer la normativa que regirá su relación; de autonomía conflictual pues las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato en ausencia de normativa uniforme; y, de autonomía negocial. La Convención deja fuera del ámbito de su aplicación por no entrar dentro del concepto de mercaderías, los bienes adquiridos para el consumo familiar o privado, los inmuebles, las ventas en subastas, judiciales, los valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio o dinero, buques, embarcaciones, aeronaves y de electricidad.⁶³ Actualmente se encuentra en debate en la doctrina el tema sobre si la compra venta internacional de software estaría dentro del ámbito de aplicación de la Convención.

Respecto de su regulación, para Cuatrecasas, “El Convenio de Viena regula exclusivamente la formación del contrato y los derechos y obligaciones de las partes bajo el mismo, no regulando la validez del contrato ni sus estipulaciones (para lo que habrá que estar a lo dispuesto por la ley interna aplicable) y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías. La Convención no resuelve, por tanto la diversidad legislativa en esta materia por lo que habrá que estar, en este punto, a la ley del lugar donde estén las mercaderías⁶⁴”. En cuanto a los usos, el espíritu de la

⁶¹Maximiliano Rodríguez Fernández, El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema. *REVISTA e – Mercatoria* Volumen 6, Número 2 (2007). 3 y 4. Consulta: 10 de marzo de 2016 <<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen6/pdf02/deber.pdf>>

⁶² Roberto D. Bloch, El Contrato de compraventa internacional de mercaderías, *Ibíd*, 29.

⁶³ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), art.2.

⁶⁴ Cuatrecasas Gonçalves, Pereira. *El Contrato de Compra Venta Internacional*. 8.:

convención de Viena (1980) es traducir las prácticas seguidas en el comercio internacional. Los usos han sido codificados por organizaciones profesionales y son necesarios cuando las partes celebran el contrato internacional.⁶⁵ Los INCOTERMS (anexo 3), según Carlos Espugles Mota, no especifican todas las obligaciones derivadas del contrato de compraventa internacional de mercaderías, sino tan solo los derechos y obligaciones del vendedor bajo cada uno de ellos. Su naturaleza es facultativa, es decir que su aplicación depende de la voluntad de las partes, además de que estas pueden alterar su significado, en la forma y el sentido que estimen conveniente. La inserción de cláusulas INCOTERMS en el contrato de compra venta internacional de mercaderías resulta muy útil para efectos de determinar la responsabilidad o no del agente y por consiguiente la eventual exoneración.

En relación con las principales obligaciones a las que estará sujeto el vendedor de las mercaderías, la Convención de Viena establece que “el vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente convención.”⁶⁶ Para que se entienda cumplida esta obligación, por lo que parafraseando con Cuatrecasas⁶⁷ no es necesario que el vendedor entregue la cosa al comprador, sino que será suficiente cumplir con todos los actos necesarios para que el comprador posea la cosa en el lugar y tiempo pactados. Por lo tanto, el vendedor quedará liberado en el momento que se ha puesto la mercadería a disposición del comprador, surgiendo por parte de éste, sus obligaciones de pago, de recepción de la cosa y el traspaso del riesgo.⁶⁸

<https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjlx/~edisp/dax2014291092.pdf>. Consulta: 08 de marzo de 2016, 7

⁶⁵ La Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su esfuerzo por uniformar las reglas comerciales ha compilado y mantiene en constante actualización los usos y términos utilizados con frecuencia en el comercio internacional, específicamente en los contratos de compra venta internacional de mercaderías, no en los de transporte. Esos términos son conocidos como INCOTERMS.

Carlos Espugles Mota, *Derecho del Comercio Internacional*, (Madrid: Editorial Reus, 2005), 410-11

⁶⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), art.30.

⁶⁷ Cuatrecasas Gonçalves, Pereira. *El Contrato de Compra Venta Internacional*. 8.:

<https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjlx/~edisp/dax2014291092.pdf>. Consulta: 08 de marzo de 2016, 7

⁶⁸“En este sentido, el artículo 31 de la Convención de Viena establece una serie de normas sobre el lugar de entrega para el caso de que nada se haya pactado por las partes (si se ha pactado, se deberá estar a lo pactado): i. En el caso de que el contrato implique el transporte de las mercancías, estas se deberán entregar al primer porteador para que las traslade al comprador, ii. Si lo que se vende es algo concreto o es algo no identificado que haya de extraerse de una masa determinada o que deba ser manufacturado o

Respecto de la transmisión de la propiedad, la Convención de Viena no regula este aspecto aunque “sobre este punto existe uniformidad en la jurisprudencia y doctrina y se entiende que se aplicará la ley del lugar donde se encuentre la cosa objeto del contrato (*lex rei sitae*)”⁶⁹.

La Convención de Viena también establece la obligación de entregar los documentos⁷⁰. Al decir de Cuatrecasas Gonçalves Pereira, “la posesión de estos documentos equivale a las de las propias mercaderías y su transmisión o endoso equivale a su tradición. De ahí que se denominen títulos que permiten la transferencia de dominio puesto que se reconoce su derecho de disposición. ‘Es un título de propiedad transferible y negociable cuya entrega equivale a la de las mercaderías, permitiendo a su tenedor reclamarlas como propietario y ejercitar las acciones que deriven del contrato de transporte’”⁷¹. Deduzco, por lo tanto, que el conocimiento de embarque viene a ser el título traslativo de dominio, más no la factura que constituye un medio de prueba de la existencia de un contrato. En tal caso, no cabe su endoso ya que no supone éste la tradición de las mercaderías para efectos de responsabilidad y exoneración.

En cuanto a las obligaciones del comprador, al ser la obligación principal del vendedor la de entregar las mercaderías corresponde la obligación del comprador la de recibirlas. Por otro lado, el pago del precio constituye otra de las obligaciones del comprador y es un punto importante para efectos de establecer su responsabilidad. De esta forma, la Convención de Viena establece que si no se ha acordado el momento del pago, este se deberá realizar cuando se pongan a disposición del comprador las mercaderías o documentos.⁷² Finalmente, la Convención de Viena establece que, “salvo

producido o cuando las partes sepan que el bien que se vende está en un lugar concreto, entonces la obligación de entrega se produce con la puesta a disposición en ese lugar; iii. En los demás casos, la obligación de entrega se producirá en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento”.

⁶⁹Cuatrecasas Gonçalves Pereira, *El Contrato de Compra Venta Internacional*, 8. Consulta: 08 de marzo de 2016

<https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjcx/~edisp/dax2014291092.pdf>

⁷⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), art.30.

⁷¹Cuatrecasas Gonçalves Pereira, *El Contrato de Compra Venta Internacional*, *Ibíd*, 8. Consulta: 08 de marzo de 2016

<https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjcx/~edisp/dax2014291092.pdf>

⁷² Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), art.58. 9

que la modalidad de pago acordada sea incompatible con esta posibilidad, no hay obligación de pago por parte del comprador hasta que este no haya podido examinar las mercaderías”⁷³.

Todos los puntos enunciados son importantes para determinar la responsabilidad, liberación o exoneración de la misma en los contratos internacionales y de manera específica el contrato de compra venta internacional de mercaderías.

1.2 La responsabilidad frente a las obligaciones generales derivadas de los contratos internacionales

El término responsabilidad es uno de los más utilizados en los distintos ámbitos de la vida y de la actividad cotidiana. El uso común del concepto “responsabilidad” no es idéntico ya que, además de tener varios significados, se lo utiliza en campos distintos; de modo que, en unos casos, se hace referencia a las relaciones de causalidad y, en otros, a la responsabilidad moral, jurídica y política.

La responsabilidad jurídica, en sentido amplio, inicia con el nacimiento de la obligación. Existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por ella. En el campo de la contratación comercial internacional la obligación de reparar puede surgir de varias fuentes: la responsabilidad contractual, que es aquella que corresponde al obligado que no cumple con su obligación de acuerdo con el contrato internacional; la responsabilidad legal, que proviene de los pactos o convenciones internacionales y de las legislaciones correspondientes; y la responsabilidad extracontractual (aquella que se da por la ausencia de un vínculo previo por lo que causa un daño sin que exista tal vínculo⁷⁴, no existe un vínculo preexistente entre acreedor y deudor, pero existe responsabilidad⁷⁵). Actualmente prevalece la opinión de que existe obligación de indemnizar por el hecho

⁷³ Cuatrecasas Gonçalves, Pereira. *El Contrato de Compra Venta Internacional*. 8.: Ibíd.

⁷⁴ *Principios de la Responsabilidad Extracontractual*, 8.Consulta: 8 de marzo de 2016
<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAF/MAF03/Semana5/381426.pdf>

⁷⁵La legislación ecuatoriana contempla esta responsabilidad al hablar de la culpa (dolo) o negligencia, postulados generales incluidos en el artículo 1.902 del Código Civil

de que se dé la relación de causalidad entre el acto y el daño⁷⁶. De esta forma aparece la responsabilidad objetiva.⁷⁷.

Autores como Planiol señalan que “el problema de la responsabilidad (civil) debe plantearse sin subordinarlo al filosófico de la responsabilidad moral. El derecho descansa en la idea de que el hombre es responsable de sus actos y que, por consiguiente, el autor de un acto perjudicial no puede ampararse en una concepción fatalista o determinista del mundo a fin de librarse de las consecuencias de su actuación”.⁷⁸ Al respecto, el Código Civil francés determina la esencia de la responsabilidad contractual⁷⁹: El deudor es condenado al pago de daños y perjuicios, bien en razón de la inexecución de la obligación, ya a causa del retardo con que cumpla, siempre que no justifique que el incumplimiento proviene de causas extrañas a su voluntad, que no le pueden ser imputadas; y la legislación ecuatoriana⁸⁰, por su parte, establece en el Código Civil todo lo relativo a las obligaciones, que entre otros postulados, se señalan los principios generales de los contratos, su ejecución de buena fe, la responsabilidad del deudor por culpa lata y la exoneración de tal responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor.

El precepto señalado en la normativa francesa establece que el derecho a obtener indemnización por los daños y perjuicios por parte del acreedor deriva del incumplimiento contractual y depende de condiciones positivas que debe establecerlas el acreedor y se confunden con los elementos que se conjugan para generar la obligación del deudor que no quiere cumplir con su obligación; y, negativas que se encuentran subordinadas a la ausencia de justificación de parte del deudor o a su imposibilidad para acreditarla.⁸¹ Al respecto, en materia de responsabilidad contractual, se exige la mora para que daño tenga que ser reparado, lo que no es necesario cuando

⁷⁶”Responsabilidad Objetiva<<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

⁷⁷ Tesis que aparece a partir de la ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva cuando hablamos de la noción de culpa y el apareamiento de la Teoría del Riesgo.

Marcelo Planiol, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo IV, las Obligaciones, 1a. parte (México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997). 664-67

⁷⁸ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 4 Las Obligaciones, Primera Parte, (México D.F: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997). 665

⁷⁹Francia Código Civil, Art. 1147

<https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/.../.../Code_41.pdf>

⁸⁰ Ecuador Código Civil. Título XII, Art. 1561 y ss.

⁸¹ Marcelo Planiol, *Ibíd*, 666.

nos referimos a la responsabilidad extracontractual. Pero la mora es necesaria solamente para la reparación de daños resultante del retraso en el cumplimiento.

El código civil ecuatoriano establece que, “en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, a elección suya, sea que se autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor y que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.⁸² Es decir, además de la obligación del pago de la indemnización por concepto de mora en el cumplimiento de la obligación, se obliga al deudor u obligado que ha incumplido con su obligación a ejecutar su obligación de hacer por un tercero a expensas del deudor.

Cuando nos referimos a la responsabilidad contractual internacional, es necesario recordar que en todo contrato internacional se impone a las partes tanto las obligaciones por ellas previstas de común acuerdo en el contrato, como aquellas que los pactos internacionales y las legislaciones, la equidad y los usos les atribuyen, así como las que la buena fe exija en el cumplimiento. La responsabilidad, por lo tanto, se produce cuando existe el incumplimiento o la violación de una obligación contractual, es decir cuando la responsabilidad del daño cuya reparación se pretende ha sido expresamente prevista y regulada por un contrato internacional.

Vemos así que en la responsabilidad contractual tanto nacional como internacional, la responsabilidad del obligado y el consiguiente derecho del acreedor a obtener resarcimiento, se subordinan a tres aspectos: que haya habido un daño cierto; que ese daño pueda imputarse a culpa del deudor; y que exista entre el perjuicio y la culpa una clara relación de causalidad. De ahí que, de no concurrir estos elementos nos encontraríamos ante una situación de exoneración de responsabilidad.

⁸²Ecuador, Código Civil, Arts. 1568 y 1569. Consulta: 2 de Octubre de 2015. <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>>

1.2.1 La noción de responsabilidad y su fundamento actual

La responsabilidad es uno de los conceptos que el sistema jurídico considera como angular, básico y clave de todo ordenamiento para poder entender el Derecho ante el individuo que infringe un determinado precepto jurídico. Encontramos manifestaciones de la responsabilidad jurídica en todas las ramas del derecho: Derecho civil, penal, laboral, mercantil, administrativo, internacional, etc., cada uno con sus peculiaridades, incluida la Filosofía Jurídica. No encontramos una definición clara, precisa y unívoca de responsabilidad jurídica, por lo que tenemos que acudir a aproximaciones, partiendo desde el Diccionario de la Lengua Española para luego seguir con acepciones de diferentes autores. En el Diccionario de la lengua encontramos el concepto de responsabilidad: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.⁸³ De acuerdo con Sanz Encinar, “esta definición establece la obligatoriedad de la reparación de los daños causados por una acción propia o de un tercero mediando dolo o culpa (responsabilidad subjetiva) y la de “otra causa legal” (responsabilidad objetiva)”⁸⁴. No se determina claramente la diferencia entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva; tampoco se determina la tendencia civilista (como en este caso) o la tendencia penalista (en otros).

El autor cita a Hans Kelsen, quien analiza el término jurídico en su libro *Teoría Pura del Derecho* y define la responsabilidad como: “La relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera”.⁸⁵ Así, para el autor, la responsabilidad es la relación entre la sanción y el sujeto sobre el que ésta recae. La responsabilidad tiene relación con el concepto de obligación, y esta nace cuando la obligación se incumple, ya que es el momento en el que se da el requisito necesario para aplicar el acto coactivo de la sanción.

⁸³Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Edición 21., (Madrid: Espasa, 1992) 1265.

⁸⁴ Abraham, Sanz Encinar, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>> 2. Consulta: 18 de marzo de 2016.

⁸⁵Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, (México, D. F.: Porrúa, 1991)137 (orig: Reine Rechtslhre, Viena, 1960) en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 33. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

A diferencia de la obligación, la responsabilidad determina quién será el sujeto que habrá de soportar la sanción⁸⁶. Por lo tanto, para Kelsen “que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario”⁸⁷.

Según Sanz Encinar, Kelsen señala que “la conducta prohibida es la que conforma el Derecho, por lo que al incurrir en ella no se rompe o viola el ordenamiento, sino que se realiza una acción que, en virtud de una norma de un ordenamiento dado, conlleva una sanción. De aquí que la función coactiva del Derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad”⁸⁸ Por lo tanto, para Kelsen, el término jurídico de responsabilidad viene a ser uno de los factores fundamentales porque, un individuo es responsable cuando es susceptible de ser sancionado, sea que haya cometido o no un acto antijurídico, y no implica que el sujeto responsable haya sido efectivamente sancionado, puesto que se “es responsable cuando, según el ordenamiento jurídico deba aplicarse al individuo una sanción, independientemente de que, de hecho, se le aplique”⁸⁹.

Nino y Larrañaga⁹⁰, citados también por Sanz Encinar, señalan que “Kelsen esgrime tres criterios determinando seis tipos de responsabilidad: directa e indirecta, individual y colectiva, y por culpa y por resultado. El primero de los criterios atiende a

⁸⁶Hans Kelsen, *Ibíd.*133 en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*. *Ibíd.*33

⁸⁷Hans Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 75-77 en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, *Ibíd.* 33.

⁸⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, (México, D. F.: Porrúa, 1991)137 (orig: *Reine Rechtslhre*, Viena, 1960) en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, *Ibíd.* 33.

⁸⁹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987) 187 en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho* 8. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>.

⁹⁰Los criterios son: la relación entre el obligado y el responsable, el carácter individual o colectivo del responsable y la relación interna de intencionalidad. Pablo de Larrañaga Monjaráz, *El concepto de responsabilidad en la Teoría de Derecho contemporánea*, tesis presentada para la colación del grado de doctor en Derecho realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Manuel Atienza, inédito,(1996) 369; y Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Edición 4, (Barcelona: Ariel, 1991) 187-190 citado también en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 34. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

la relación entre el sujeto obligado y el sujeto responsable. En la mayoría de los casos⁹¹, la relación entre ambos sujetos será la identidad puesto que “el sujeto obligado a una determinada conducta será el que sufre la imputación de la responsabilidad y la ejecución de la sanción, dándose lugar a un caso de responsabilidad directa”⁹². “Sin embargo, podría suceder que la relación entre ambos sujetos no sea la identidad, y que sean personas distintas, lo que daría lugar a un caso de responsabilidad indirecta. La particularidad se da en el hecho de que el sujeto responsable sólo puede cumplir con la sanción, ya que no dispone de ningún medio para evitar ésta, dado que eso le corresponde al sujeto obligado, que es quien con su conducta determinará o no la aparición de la sanción y es esta posibilidad la que hace que Kelsen distinga entre obligación y responsabilidad”⁹³. Sobre la responsabilidad indirecta ésta se da cuando hay un lazo psicológico o afectivo, que tenga efectos sobre la conducta del obligado.

Según el autor, Kelsen considera que para establecer la responsabilidad por culpa y responsabilidad por resultado o absoluta, “una técnica jurídica refinada exige la distinción entre el caso en que el agente ha previsto o querido el efecto de su conducta, y aquel en el que el comportamiento de una persona produce un efecto perjudicial que no había sido previsto ni querido por el sujeto actuante”⁹⁴, distinción que, parafraseando con Sanz Encinar, establece la diferencia entre la responsabilidad intencional o por culpa, y la responsabilidad por resultado. Así, para que se genere la responsabilidad por culpa, el autor “ha de haber actuado con la intención de realizar el comportamiento sancionado o de producir unos determinados resultados”⁹⁵. El dolo sería según Kelsen “una determinada relación positiva entre la conducta interna,

⁹¹y en el Derecho penal en la totalidad de los mismos, en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 8. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

⁹² Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd, 9.

⁹³Pablo de Larragañaga Monjaráz, *El concepto de responsabilidad en la Teoría de Derecho contemporánea*, 50 citado en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd 8- 9.

⁹⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Ibíd. 136 citado en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd 9.

⁹⁵ Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 35. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

ánimica del delincuente, y el acontecimiento producido o no impedido, por su conducta, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él”⁹⁶.

Por otro lado, el mismo Kelsen afirma que la obligación de reparar un daño no actúa como una sanción” la obligación de resarcir el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertido en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra el derecho, es condición de la sanción”⁹⁷. Así, el Derecho positivo prevé que se pueda evitar la sanción mediante la reparación del daño, convirtiéndose en una obligación “accesoria que sustituye a la obligación principal violada”⁹⁸ intentando establecer otro concepto de resarcimiento de responsabilidad.

Las consideraciones que realiza Kelsen al establecer la responsabilidad intencional por culpa y la responsabilidad por resultado son importantes cuando nos referimos a contratación comercial, y en el caso concreto respeto de la compra venta internacional de mercaderías, para efectos de que se produzca un supuesto de responsabilidad por culpa, el autor debe haber actuado con la intención de realizar la conducta sancionada o no y de generar unos efectos determinados.

El análisis de Ross, citado por Sanz Encinar, gira en torno a que las nociones de responsabilidad, culpabilidad y castigo que se encuentran mutuamente relacionadas y tienen su fundamento en un presupuesto común: la transgresión de un sistema normativo; y además que estas nociones se utilizan en el contexto de un juicio real (jurídico, moral o social) o ficticio por lo que la responsabilidad presupone que alguien es responsable de algo ante alguien por el quebrantamiento de una norma⁹⁹. Determina así, que la culpabilidad es el requisito generalmente exigido para la responsabilidad, y la responsabilidad como presupuesto de la sanción jurídica o el castigo¹⁰⁰. En materia de

⁹⁶Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ibíd. 136 citado por Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd 36.

⁹⁷Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ibíd, 137, citado por Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd 36.

⁹⁸Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ibíd, 136-137 citado por Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Ibíd 36.

⁹⁹ Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, (Berkely: University of California Press, 1975), 1-16 citado por Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 36. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>.

¹⁰⁰ Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Ibíd.

compra venta internacional de mercaderías, nos referiríamos a la situación de responsabilidad subjetiva o por culpa del agente que incumple con su obligación.

Hart, por otro lado, determinó cuatro sentidos distintos del término responsabilidad en cuanto a sus usos y significados y, correspondientes a otros ámbitos de actividad¹⁰¹. Al respecto, Carlos Santiago Nino en su *Introducción al análisis del derecho*, señala los cuatro diferentes sentidos que Hart proporciona al término responsabilidad tanto en el lenguaje corriente como en el lenguaje de los juristas: responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cargo o función en cuyo caso, el término se utiliza cuando una obligación se cumple con la diligencia debida¹⁰². En este sentido el término responsabilidad se utiliza cuando una obligación no se cumple mecánicamente sino que se posibilita su manejo de acuerdo con la habilidad o diligencia de quien cumple una función determinada; responsabilidad en el sentido de factor causal. En este sentido el término responsabilidad se usa para indicar que el acto es causa de algún acontecimiento y esta palabra se emplea para referirse a los individuos y a las cosas, sin viso moral, y cuya causa no es un acto voluntario. En este sentido, los inimputables (menores de edad, locos, retardados mentales, etc.) no son responsables, al contrario de quienes son imputables que pueden dirigir sus actos y comprender el valor o no ético de aquellos, así como su falta de diligencia o comportamiento negligente; responsable en el sentido de punible o moralmente reprochable, en cuyo caso el término responsabilidad significa que el agente es merecedor de una pena o un reproche moral.

Todos estos criterios del término responsabilidad y que son diversos tienen uno en común: el no cumplimiento de una obligación sea ésta moral, jurídica o social y el establecimiento de una sanción. En materia de compra venta internacional de mercaderías, estos criterios son válidos al momento de someter un conflicto a un tribunal y de establecer la responsabilidad o exoneración del agente que por diversas causas incumple con su prestación.

Así, actualmente, la noción de responsabilidad ha evolucionado y progresado considerablemente. Se ha realizado un análisis más profundo de las nociones de causa y daño y esto ha generado una agravación de la responsabilidad. La tendencia se dirige a investigar más allá en lo pasado y aquellos actos susceptibles de perjudicar a terceros y

¹⁰¹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987),187.

¹⁰² Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Ibíd 187.

también a reprochar a sus autores la falta de previsión, debido a la tendencia desigual de quien detenta el poder en la sociedad moderna, puesto que no debe estimarse injusto apreciar con más severidad la conducta de los que, pudiendo más, deben poner mayor cuidado en sus acciones.¹⁰³

Hemos visto que Kelsen realizó una distinción que determina la diferencia entre la responsabilidad intencional, o por culpa, y la responsabilidad por resultado; y para que se realice un supuesto de responsabilidad por culpa, se debe haber actuado con la intención de realizar el comportamiento que es sancionado (es decir con dolo¹⁰⁴) o de producir unos determinados resultados¹⁰⁵.

En las relaciones comerciales internacionales y específicamente en el contrato de compra venta internacional de mercaderías, el objeto de la relación que consiste en la cosa materia de la prestación y el vínculo, como factor inseparable de la noción de responsabilidad, sujeta al deudor a su cumplimiento y confiere al acreedor la aptitud para constreñir al obligado a efectuar la prestación o en caso de no cumplir con dicha prestación, la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. La responsabilidad, por lo tanto, se fundamenta cada vez más en la obligación por parte del obligado de cumplir con su prestación y de emplear todos los medios necesarios para el cumplimiento de su obligación. Sin embargo, cabe determinar la posibilidad de exoneración o liberación de responsabilidad cuando nos referimos a la distinción por culpa y la responsabilidad absoluta distinguidas por Kelsen, esto es, cuando la persona ha deseado y previsto el efecto de su comportamiento y aquella situación en la que la conducta de quien produce el efecto perjudicial pero que no había sido deseado ni previsto por la persona que actúa, distinción que marcaría la diferencia entre la responsabilidad intencional, o por culpa, y la responsabilidad absoluta, o por el resultado.

¹⁰³Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 4 Las Obligaciones, Primera Parte, (México D.F: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997), 672 y ss.

¹⁰⁴El dolo sería según Kelsen “una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido o no impedido, por su conducta, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él” citado en Sanz Encinar, Abraham, El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho, 35. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

¹⁰⁵Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ibíd. 136.

1.2.2 La responsabilidad subjetiva y la culpa como elemento estructural de la responsabilidad

La responsabilidad civil subjetiva surge ante un acto antijurídico que causa un perjuicio que debe ser reparado. El carácter subjetivo viene a ser la culpabilidad del autor. Se fundamenta en una responsabilidad basada en la culpa como requisito para la que exista responsabilidad y cuya condición esencial la encontramos en la actividad del sujeto. Se incurre en culpa entonces, cuando se causa un perjuicio ilícito, sea consciente y voluntariamente, o por imprudencia o negligencia.¹⁰⁶

Carlos Santiago Nino cita a Hans Kelsen quien clasifica a la responsabilidad en subjetiva (por culpa) y objetiva (por resultado). Para que exista responsabilidad subjetiva y (que se aplique la sanción) es necesario que la persona haya querido o previsto las consecuencias de su conducta antijurídica. Los grados de responsabilidad subjetiva, según el autor, pueden ser: cuando existe una intención maliciosa o intención de causar daño; cuando es suficiente establecer responsabilidad cuando el sujeto tiene la intención de cometer un acto antijurídico, aunque lo que motive no sea el ánimo de dañar sino el de beneficiarse; y cuando es suficiente que se prevea como probable el resultado, aunque éste resulte indeseable.¹⁰⁷ Vemos que en todos estos grados, los elementos comunes como criterios para establecer la culpa son la intencionalidad del agente y la previsibilidad del resultado dañoso.

La responsabilidad civil subjetiva es la responsabilidad civil tradicional, según la cual únicamente deben ser reparados los daños causados por culpa de la persona. Si la persona que origina el daño no incurrió en culpa al realizarlo, debe quedar liberada o exonerada de la reparación.

En la doctrina en general, la culpa constituye la falta de diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación o de la ejecución de un hecho¹⁰⁸. El doctor Ramiro

¹⁰⁶ Marcelo Planiol, Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo 6 Las Obligaciones, 1ª parte (México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997)706-7.

¹⁰⁷ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. edición (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 189.

¹⁰⁸ Marcelo Planiol, Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo 6, Las Obligaciones, 1ª parte (México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997)665-786.

García Falconí ¹⁰⁹hace una clara diferenciación entre la culpa contractual y la culpa extracontractual. Así, la culpa contractual se refiere a una obligación incumplida por la existencia de un contrato, mientras la culpa extracontractual genera obligación como consecuencia del hecho culpable (que se da por la ausencia de un vínculo previo, causando un daño sin existencia del vínculo¹¹⁰, no existe un vínculo preexistente entre acreedor y deudor). La culpa contractual puede ser grave, leve o levísima. Generalmente cuando se habla de culpa se entiende como culpa leve. La culpa contractual se presume y es el deudor quien debe demostrar que fue cuidadoso o diligente; la culpa extracontractual debe probarse y corresponde al acreedor probar que el deudor obró descuidada o negligentemente. En materia de obligaciones, la culpa contractual viene a ser el no cumplimiento total o parcial, de una obligación por la falta de diligencia del deudor y la responsabilidad por culpa contractual se encuentra entre el dolo (que viene a ser responsabilidad máxima) y el caso fortuito (que es la inexistencia de responsabilidad). La característica de la culpa está caracterizada por la ausencia de mala fe. Cuando hablamos de ausencia de mala fe, estamos sobreentendiendo que debe existir, en materia contractual, buena fe.

Ross determina que la culpabilidad es el requisito generalmente exigido para la responsabilidad, y la responsabilidad como presupuesto de la sanción jurídica o el castigo¹¹¹, por lo que las nociones de responsabilidad, culpabilidad y castigo se encuentran mutuamente relacionadas cuando se transgrede un sistema normativo; y además que estas nociones se utilizan en el contexto de un juicio real (jurídico, moral o social) o ficticio por lo que la responsabilidad presupone que alguien es responsable de algo ante alguien por el quebrantamiento de una norma¹¹².

Por otro lado, según Hart, el término responsabilidad subjetiva podría confluir en tres de los cuatro sentidos mencionados anteriormente en cuanto a sus usos y significados y, correspondientes a otros tantos ámbitos de actividad¹¹³: como responsabilidad como obligaciones que emanan de un cargo determinado. Aquí, el

¹⁰⁹García Falconí, Ramiro, “Culpa contractual”, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/la-culpa-contractual>>

¹¹⁰ Principios de la Responsabilidad Extracontractual, 8. Consulta: 8 de marzo de 2016 <<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAF/MAF03/Semana5/381426.pdf>>

¹¹¹ Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, (Berkely: University of California Press, 1975).

¹¹² Alf Ross, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Ibíd, 1-16.

¹¹³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 187.

término responsabilidad se utiliza cuando una obligación se da de acuerdo a la diligencia de quien cumple dicha función; el autor habla de una responsabilidad “de factor causal” que determina; responsabilidad como capacidad y como estado mental, por lo que los inimputables (menores de edad, locos, retardados mentales, etc.) no son responsables, al contrario de quienes son imputables que pueden dirigir sus actos y comprender el valor o no ético de aquellos, así como su falta de diligencia o comportamiento negligente; y, responsable como punible o moralmente reprochable, en cuyo caso el término responsabilidad significa que el agente es merecedor de una pena o un reproche moral.

De esta manera, el sentido de responsabilidad como factor causal sería considerado en términos de responsabilidad objetiva cuando el término responsabilidad se usa para indicar que algún acto o fenómeno es causa de algún evento y dicha palabra se emplea tanto para referirse a individuos como a cosas o procesos, sin ningún viso moral, y cuyo factor causal no es un acto humano voluntario.

Sanz Encinar, citando a Fernando Pantaleón Prieto, analiza la responsabilidad subjetiva al decir que la responsabilidad subjetiva constituye la infracción de una norma contractual, entendiéndose que el ordenamiento jurídico reprueba dicha norma. De esto se deduce lo citando por Sanz Encinar, tomando un informe de Pantaleón Prieto que, “si comete dicha conducta reprochable se muestra dicho reproche en la imputación de la responsabilidad, y esta reprobación impone el deber de indemnizar el daño producido, lo que supone una transferencia del daño de un patrimonio a otro, rompiéndose el principio general por el que el ordenamiento actúa, que es el mantenimiento de los daños y los lucros en el patrimonio en el que se producen”¹¹⁴.

Sanz Encinar, citando a Antonio Fernández sostiene que la responsabilidad civil subjetiva constituye la reacción del orden jurídico frente a la infracción, así se atribuye a la responsabilidad civil subjetiva una función preventiva.¹¹⁵

¹¹⁴ Fernando Pantaleón Prieto, *Comentario del Código Civil*, tomo II, Edición 2, (Madrid: Ministerio de Justicia, 1993), comentario del artículo 1902. en Donde puede leerse: “... el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón...” (p. 1989) citado en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 31. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>> citado

¹¹⁵ Antonio Fernández Fernández, *El concepto de responsabilidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México) 4. Consulta: 10 de marzo de 2016 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3835/9.pdf> citado en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto*

En el marco de la contratación comercial internacional, los Principios UNIDROIT señalan reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, entre ellos el contrato de compra venta internacional de mercaderías, y permiten a las partes acordar que sus contratos se rija por ellos y por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o similares.¹¹⁶ La buena fe¹¹⁷ y lealtad negocial¹¹⁸ como señalan los principios UNIDROIT; “las partes deben actuar en el comercio internacional y que se incluyen en los principios, la determinación inequívoca de establecer la mala fe cuando la parte que negocia o interrumpe las negociaciones determina la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la otra parte, y se sustenta en la responsabilidad subjetiva y la culpa, considerando particularmente que se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo. Estos principios permiten también la posibilidad de que una parte pueda anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte”¹¹⁹, criterio también a tomarse en cuenta

Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho, 35. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>

¹¹⁶Para efectos de establecer la responsabilidad subjetiva, y en caso de que las partes hayan acordado que el contrato se rija por los Principios UNIDROIT (2010), éstos sugieren usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...].”

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

¹¹⁷ Para Emilio Betti: “En general, la buena fe es una actitud de conciencia, la cual puede ser objeto de una interpretación psicológica; actitud consistente en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el Derecho”

Emilio Betti, Prolegómenos a una Teoría General de las Obligaciones, 70 en Lorena Bermeo y otros, *Compra venta internacional de mercaderías*, 33. Consulta: 22 de marzo de 2016. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2048.pdf>>

¹¹⁸ Principios UNIDROIT, arts. 1.7; 4.8; 5.1.2; 7.1.6; 2.1.15

¹¹⁹ Principios UNIDROIT (2010)

ARTÍCULO 3.2.5

(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

ARTÍCULO 3.2.6

(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

para valorar la responsabilidad subjetiva cuya condición esencial se halla en la actividad del sujeto o responsabilidad civil tradicional. El dolo, la intimidación, excesiva

ARTÍCULO 3.2.7

(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10.

ARTÍCULO 3.2.8

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio

desproporción o el error se sustentan en la responsabilidad subjetiva. Si no hubo culpa del agente que causa el daño, debe ser liberado de la reparación. Sólo existe responsabilidad civil si la persona actúa con culpa. No obstante, una parte no puede anular un contrato si ha incurrido en culpa grave al cometer el error¹²⁰.

Todos estos temas mencionados en los Principios UNIDROIT son parámetros axiológicos a considerarse para determinar los criterios de conducta de los agentes en la contratación nacional e internacional y en el caso que nos ocupa, que es la compra venta internacional de mercaderías. Los Principios vienen a ser, entonces, cuando de compra venta internacional de mercaderías se trata, normas jurídicas positivas fundamentales y axiológicas, que son vinculantes entre las partes porque han ejercido el principio del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que sirven a los agentes contractuales en sus negociaciones y constituyen el ordenamiento de aplicación de sus contratos.

Cuando se elimina la idea de culpa de la responsabilidad (responsabilidad subjetiva) y se admite que el riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina surge la responsabilidad objetiva.

Dentro de la contratación comercial internacional en general y de la compra venta internacional de mercaderías en particular, existe la tendencia a implantar un sistema de responsabilidad civil elevando los estándares de diligencia, por inversión de la carga de la prueba o por presunciones en contrario, y por la jurisprudencia, lo que lleva a la progresiva eliminación del requisito de la culpabilidad al imputar la responsabilidad. Se presenta una evolución que lleva a objetivar la responsabilidad civil subjetiva. Sobre la atribución de responsabilidad por daños, cuando el deudor no pruebe la causa de exoneración¹²¹ el incumplimiento le atribuye responsabilidad, y debe indemnizar a su acreedor de los daños que cause ese incumplimiento. En este ordenamiento la regla en materia de responsabilidad es que todo incumplimiento atribuye responsabilidad, salvo que el deudor pruebe que dicho incumplimiento tuvo su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control. Si rinde esa prueba se exonera de responsabilidad.

¹²⁰ *Principios de la UNIDROIT sobre la Contratación Comercial Internacional*. En <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

¹²¹ Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías, arts. 79.1, 74

1.2.3 La responsabilidad objetiva y la relación de causalidad como elemento estructural de responsabilidad

El fundamento de la responsabilidad objetiva es la reparación del daño, que debe ser independiente de la actuación con culpa o no del actor al momento de causarlo. Así, “la pura relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido da lugar a que haya obligación de indemnizar surgiendo el concepto de responsabilidad objetiva”.¹²² Consiste en eliminar la idea de culpa de la responsabilidad, es decir la responsabilidad subjetiva, admitiéndose que todo riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina.

Para comprender el significado de responsabilidad objetiva, tenemos que remitirnos a las clasificaciones sobre responsabilidad que realiza Kelsen. Un individuo es directamente responsable y obtiene una sanción como por un acto ejecutado por él mismo. El sujeto y el objeto de sanción coinciden, a diferencia de la responsabilidad indirecta en la que no existe coincidencia entre el sujeto y el objeto.¹²³

Habíamos dicho también que Kelsen clasifica a la responsabilidad en subjetiva (por culpa) y objetiva (o por resultado) y que cuando de responsabilidad objetiva se trata, no existe vinculación psicológica entre el individuo y su acto, puesto que la negligencia no es un acto psicológico, sino que ésta es la omisión de cumplir ciertos

¹²² Surge como respuesta a la ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva, en la que se establecían las presunciones de culpa, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que se estimaba necesaria. Se basa en la idea de que la culpa no es necesaria para la existencia de dicha responsabilidad. Al eliminar la idea de culpa de la responsabilidad, es decir la responsabilidad subjetiva, se admite que todo riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina.

Para Salleilles creador de la teoría del Riesgo, y que se basa en la responsabilidad objetiva, ésta se fundamenta básicamente con el fin de asegurar la reparación de los accidentes de trabajo en una época en que el legislador se dedicaba al estudio del problema sin ofrecer soluciones después de haber fracasado del intento de aplicar a estas materias la responsabilidad contractual. Autores como Sainctelette (*De la responsabilité et de la garantie*, 1884) y de Marc Sauzet (*de la responsabilité des patrons vis-a-vis- des ouvriers dans les accidents du travail*, *Rev. Critique*, 1883, p. 595) señalaban que ésta se situaba en el terreno de la responsabilidad contractual, haciendo derivar del contrato de trabajo una obligación para el patrono consistente en vigilar al obrero y restituirlo ileso al expirar el contrato. Por lo tanto, es justo que éste sufra las consecuencias reparando los daños causados por su acción aun cuando no pueda reprochársele culpa de ningún género, y esto es debido a que crea los riesgos para su propio provecho, con la finalidad de obtener ganancias. Basta entonces para producir la responsabilidad, que exista una relación de causalidad entre la actividad del demandado y el perjuicio sufrido por el actor, ya que toda actividad implica algún riesgo para los terceros, al propio tiempo que para el que actúa. Marcelo Planiol y Paul Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Francés*, Tomo I, Las Obligaciones, primera Parte, (México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997).

¹²³ Casos típicos son la responsabilidad de los padres por los actos causados por los hijos respecto de los daños producidos, la del patrón respecto de los daños cometidos por sus empleados, en ejercicio de sus funciones, etc.

deberes de precaución. Esta omisión tiene como efecto un resultado antijurídico, el agente es responsable sin averiguar su subjetividad. Por lo tanto, la responsabilidad objetiva o por resultado, se da cuando el agente es sancionado independientemente de querer o prever el acto jurídico. Para Kelsen, todos los casos de responsabilidad indirecta son casos de responsabilidad objetiva.¹²⁴

Según Sanz Encinar, citando a Mariano Fernández y Martín Granizo existen características que evidencian el criterio de responsabilidad objetiva: así, cuando se regulan legalmente actividades que generan un beneficio a la sociedad el sistema establece que cualquier daño debe ser indemnizado, aunque provenga de un acto perfectamente normal. El requisito exigido es que haya relación de causalidad entre el acto y el daño. Así la responsabilidad civil objetiva determina como obligación la reparación de los daños producidos que son consecuencia de los riesgos de ciertas actividades lícitas, independientemente de si la persona actuó o no con diligencia, estableciendo la obligación legal de reparación.¹²⁵

Carlos Santiago Nino, al citar a Hart, señala que el sentido de responsabilidad como factor causal sería considerado en términos de responsabilidad objetiva cuando el término responsabilidad se usa cuando algún acto o fenómeno es el causante y dicha palabra se usa respecto a individuos como a cosas o procesos, sin ningún viso moral, y cuyo factor causal no es un acto humano voluntario.¹²⁶

Planiol y Ripert, por otro lado, señalan que esta noción se entiende en amplio sentido. Así se catalogan como causas los actos por comisión, las omisiones y las abstenciones.¹²⁷

La responsabilidad objetiva se fundamenta en la idea de que todo daño que ha sido causado tiene que ser reparado, independientemente de la voluntad de la persona al momento de causarlo; situación que se halla presente en los ordenamientos jurídicos

¹²⁴Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, (México: Porrúa, 1991), 127-128. (orig: Reine Rechtslehre, Viena, 1960)

¹²⁵ Mariano Fernández Martín-Granizo, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, (Pamplona: Aranzadi, 1972) citado en Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, 31. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>>.

¹²⁶ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 187.

¹²⁷ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 6, Las Obligaciones, 1a parte, (México D.F.: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997), 744.

modernos. La simple relación de causalidad entre el acto y el daño establece la obligación de indemnizar y su concepto.

Además, la relación de causalidad cobra importancia como elemento estructural de la responsabilidad cuando en la relación contractual, no puede generarse la obligación de resarcir si el acreedor de la prestación no demuestra que el incumplimiento directo o la inexecución de la prestación debida le irrogó perjuicios ciertos. Probados los perjuicios y la causalidad entre estos y el incumplimiento del deudor de la prestación, la responsabilidad de este último se presume, si la obligación era de resultado. En tales casos el deudor que, con su incumplimiento, causa perjuicios al acreedor, queda exonerado de indemnizar si prueba el caso fortuito o la fuerza mayor. Esto quiere decir que el deudor queda exonerado o exento de responsabilidad, si, independientemente de su voluntad, se produce un hecho imprevisto o imprevisible que impide de manera insuperable el cumplimiento de su obligación, hecho que además debe ser totalmente ajeno al comportamiento del obligado.

En el marco jurídico de la contratación comercial en general y de la compra venta internacional de mercaderías, se trata de regular las relaciones comerciales y los acuerdos de buena fe. Por consiguiente, la causalidad moral cuenta al igual que la causalidad material. En cuanto a establecer la casualidad moral, las partes tienen libertad para negociar las cláusulas de un contrato por la autonomía de la voluntad y de la buena fe y lealtad negocial y “la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”¹²⁸; y en cuanto a la causalidad material, dicha relación de causalidad constituye una situación de importancia en los casos de fuerza mayor (causal de exoneración de responsabilidad), e inclusive puede ser motivo de exoneración de responsabilidad cuando el incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control, y que al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta o haber evitado o superado sus consecuencias; o cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efectos durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. De ahí la importancia de que, junto con

¹²⁸ Principios UNIDROIT (2010) art. 215, arts 3.2.1; 3.2.2; 3.3; 3.2.4). Consulta: 28 de octubre de 2015. <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

el convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, se tome como referencia a los principios UNIDROIT (2010) que establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, o por los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*.

1.2.4 Teoría del riesgo

Surgió por la ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos por accidentes en las industrias. En esta doctrina se establece que la culpa ya no es necesaria para la existencia de la responsabilidad. Nace así la llamada *responsabilidad objetiva*, en la que se elimina la idea de culpa en la responsabilidad, admitiéndose que todo riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina.¹²⁹

En el siglo XIX, el desarrollo del empleo de maquinarias en las industrias ocasionó un aumento considerable de los accidentes perjudiciales a los obreros. Las causas, entre otras, fueron negligencia en el trabajo, vicios ocultos, etc., situaciones que no podían imputarse al patrono. Las interpretaciones jurisprudenciales dieron un giro trasladando la carga de la prueba al patrono colocando la materia en el campo del derecho común y no laboral. Se dijo entonces que toda actividad implica un riesgo para los terceros, al propio tiempo que para el que actúa, por lo que se hizo necesario que éste sufra las consecuencias reparando los daños causados por su acción, aun cuando no pueda reprochársele culpa de ningún género. Así se crean *los riesgos* para su propio provecho con la finalidad de obtener ganancias o una satisfacción. Es decir, que se inclinan en su favor los beneficios eventuales y las buenas probabilidades, por lo que también debe sufrir las malas *Ubiemolumentum, ibionus*: para que se produzca la responsabilidad: bastará entonces que exista una relación de causalidad entre la actividad del demandado y el perjuicio sufrido por el actor. El riesgo creado se convierte en fundamento de responsabilidad.¹³⁰

¹²⁹ Marcelo Planíol, Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo 6 Las Obligaciones, 1ª parte (México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997), 667.

¹³⁰ Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Tomo VI, Las Obligaciones, Consulta: 1 de noviembre de 2015. <<http://es.scribd.com/doc/99807920/Teoria-General-de-la-Responsabilidad-Civil-Bustamante-Alsina#scribd>>

Fundamentarse, entonces, en la teoría del riesgo constituye una causal de resolución por incumplimiento no imputable al deudor. Es decir, cuando por una causa ajena al contratante deudor, la prestación que era posible, se torna en imposible, el contratante deudor, aunque incumpliera, queda liberado o exento por cuanto su obligación se extingue.

Históricamente, la teoría del riesgo se estudia en los contratos sinalagmáticos o bilaterales. Un contrato es sinalagmático cuando genera obligaciones recíprocas para quienes firman el contrato. Puede decirse, al decir de José María Gastaldi “que ambas partes se constituyen recíprocamente en deudores y acreedores, son al mismo tiempo deudor y acreedor, debiendo surgir sus obligaciones en el mismo momento, coexistiendo”.¹³¹ Un ejemplo claro de contrato sinalagmático o bilateral es el contrato de compra venta.

Esta teoría del riesgo se basa en la Teoría planteada por Planiol y Ripert “Si las dos partes, por efectos del mismo contrato estaban obligadas correlativamente, la liberación de uno de los deudores como consecuencia de un caso de fuerza mayor deja abierta otra cuestión: determinar si la otra parte queda obligada a cumplir su obligación no obstante no recibir, a su vez, ni la prestación ofrecida ni la indemnización de daños y perjuicios. Si fuera así, los riesgos del contrato pesarían sobre ésta; en el otro caso, recaen sobre la otra parte. Este problema se conoce como teoría de los riesgos”.¹³²

La teoría del riesgo ofrece la ventaja de evitar un análisis de la conducta y de las intenciones protegiendo los intereses materiales y morales.

La legislación ecuatoriana acude a la doctrina cuando de la teoría del riesgo se trata. El fundamento del código civil francés ayuda a esclarecer el tema y establece que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes. Así, el acreedor queda propietario y los riesgos de la cosa se le imputan desde el momento en que debió ser entregada, aun cuando la tradición no se haya efectuado. Por otro lado, Colin y Capitant¹³³ señalan que el contrato, al mismo tiempo que transfiere la propiedad de la cosa al acreedor (o comprador), le carga los

¹³¹ José María Gastaldi, *Contratos unilaterales y bilaterales*, P.6 Consulta: 10 de marzo de 2016 <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/contratos-unilaterales-y-bilaterales.pdf>>

¹³² Francesco Messineo, *Doctrina general de los contratos*, Tomo 4, Traducción de R.O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volterra, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, núm. 412)584.

¹³³ Francesco Messineo, *Doctrina general de los contratos*, Tomo 4, Ibíd, 681.

riesgos de la cosa. Esto quiere decir que la pérdida fortuita de la cosa, si bien libera al deudor – al vendedor de la obligación de dar, transmitir la propiedad-, no es sin embargo, un obstáculo para la exigibilidad de la obligación del comprador, quien continuará debiendo el precio de la cosa que ya no puede recibir, cosa que ya ha perecido, y de la que el vendedor no le adeuda el equivalente en forma de indemnización de daños y perjuicios porque, en este caso, no ha incurrido ni en culpa ni en mora en la entrega de la cosa.¹³⁴

Dentro de la legislación ecuatoriana no hay referencias a la teoría del riesgo. Sin embargo, al tratar sobre las obligaciones, determina¹³⁵ que nacen, por el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en contratos o convenciones; de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como al aceptar una herencia y en todos los cuasicontratos; como consecuencia de un hecho que infiere injuria o daño a otro, como en delitos y cuasidelitos; sea por disposición de la Ley, como entre los padres e hijos. No hay diferencia entre daño material y daño moral.

Existen varias objeciones a la teoría del riesgo ya que no puede ser extendida a cualquier actividad y produce, además, el efecto de desanimar la iniciativa y el espíritu de empresa. Se tendría que admitir que el ser humano obligado a reparar los daños causados por sus actos tiene derecho a reclamar todo provecho derivado a los mismos y no existe ejemplo de que nunca la teoría del enriquecimiento injusto haya llegado tan lejos; la teoría del riesgo tiene un defecto muy grave: suprimir la idea moral que explica el principio de la responsabilidad y justifica sus consecuencias. La noción de reparación es una de las más viejas ideas morales de la humanidad. En las leyes civiles de determinan los casos y la medida en que procede tal reparación y sustituir a esa idea la del riesgo es hacer desaparecer aquel principio moral.

La teoría del riesgo pone en juego, entonces, la aplicación de la teoría de la causalidad y la obligatoriedad de la indemnización de daños y perjuicios por el no cumplimiento de la obligación.

Al hablar del riesgo, los principios UNIDROIT hacen referencia en las causales de anulación de los contratos a causa de error (art 3.2.2) si al momento de su

¹³⁴ En el Derecho Romano el comprador asumía los riesgos en caso de pérdida de la cosa en poder del vendedor, sin que se le haya entregado la cosa. Luego, el comprador, por dicho fenómeno, debía pagar el precio de la cosa a pesar de no habersele entregado.

¹³⁵ Ecuador Código Civil. Art. 1480.

celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. No obstante, una parte no puede anular un contrato si: ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha *asumido el riesgo del error*, tomando en consideración las circunstancias del caso, *dicha parte debe soportar dicho riesgo*. También, se toma en cuenta el riesgo al determinar el tipo de obligación y en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico. Así se tendrán en cuenta, entre otros factores: los términos en los que se describe la prestación en el contrato; el precio y otros términos del contrato; *el grado de riesgo* que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación. (Art. 5.1.5). De la misma forma, se hace referencia al *riesgo en caso de excesiva onerosidad*, esto es cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y si dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y si *el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja* (art. 6.2.2). En tal caso de “excesiva onerosidad”, la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento, y en caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio. Por otro lado, una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido

causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya *asumido el riesgo*. (7.1.2)

De incluirse estas cláusulas en los contratos internacionales, los mismos principios UNIDROIT (art 7.1.6) determinan que una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato. Esto es, a mi criterio, la existencia del principio de buena fe en la negociación y contractual, que se plasma en las cláusulas que se insertan en los contratos de compra venta internacional de mercaderías y que constituye en base y criterio de reflexión en el momento de decidir si existe o no responsabilidad respecto de las obligaciones contractuales.

La Convención de Viena (1980) sobre la compraventa internacional de mercaderías regula el instituto del riesgo con situaciones o circunstancias comerciales como son la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías cuando vincula el traspaso del riesgo del vendedor al comprador posterior a la transmisión del mismo. En la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre dicha Convención se aclara lo que tiene que ver con el *traspaso del riesgo* y señala que en los contratos de compra venta internacional de mercancías se debe establecer el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías pasa del vendedor al comprador. Las partes resolverán esa cuestión a través de la estipulación expresa al respecto o remitiendo a alguna cláusula comercial, como las cláusulas Incoterms. Remitirse a esas cláusulas excluiría aplicar alguna disposición en contrario de la Convención sobre la compra venta de mercaderías. Así, *el riesgo se traspasa al comprador cuando se hace cargo de las mercancías* o, si no lo hace en su momento, *desde cuando las mercancías se pongan a su disposición* e incumpla el contrato al rehusar su recepción. Un caso frecuente en que el contrato versa sobre mercancías no identificadas, no considerará que las mercancías se pongan a disposición del comprador hasta que sean identificadas a efectos del contrato y se considere que el riesgo de su pérdida pasa a ser del comprador.

La nota explicativa señala también que se exonerará de responsabilidad por daños y perjuicios cuando una de las partes incumpla alguna de sus obligaciones por un impedimento fuera de su voluntad que no podía ser previsto en el momento de celebrar

el contrato y que haya sido evitable, esa parte quedará libre de las consecuencias de su incumplimiento y del pago de daños y perjuicios. La exoneración puede también aplicarse si el incumplimiento de una de las partes es atribuible a un tercero al que se encarga ejecutar total o parcialmente el contrato. Dicha parte queda sujeta a otro recurso, inclusive a reducir el precio, si las mercancías pudiesen estar defectuosas.

La Convención se apoya en el sector de la doctrina desde la perspectiva de la teoría del riesgo del derecho civil que exige la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor y afirma que la noción de riesgo va acompañada de la exoneración del vendedor por la pérdida, o deterioro, de las mercaderías. Si el vendedor es responsable de ella, se excluye el efecto jurídico de la transmisión del riesgo, pasando del riesgo al incumplimiento de contrato. Otro sector de la doctrina, conforme el artículo 79.1 entiende que hay riesgo en la medida que su realización no sea a causa de un acto u omisión del vendedor *que sea accidental* - sin vincularla con la exoneración de responsabilidad del mismo.

Para el análisis habría que tomar en consideración lo que dice el contrato. Si el riesgo se asume después de su transmisión al comprador, no corresponde hablar de exoneración de responsabilidad del vendedor porque no hay incumplimiento contractual puesto que el vendedor ha cumplido y la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías no tiene relación con la exoneración de responsabilidad del vendedor.

Considero, igual que la Convención, que no existe conexión causal de la pérdida o deterioro con la conducta del vendedor, por lo que el vendedor no está obligado a probar la concurrencia de una causa de exoneración. En cambio, el comprador si debe probar el carácter no accidental de la pérdida o deterioro, frenando así el efecto que consta en los principios UNIDROIT que señala que “el deterioro y la pérdida de las mercaderías sucedidos posteriormente a la transmisión del riesgo al comprador no lo liberarán de su obligación del pago del precio, a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor”.

En la Convención, por lo tanto, la pérdida o deterioro, accidental de las mercaderías, posterior a la transmisión del riesgo al comprador, no le libera de su obligación de pagar el precio, ni autoriza para invocarlas como incumplimiento contractual, salvo que se deba a la conducta del vendedor. Por otro lado, mientras el riesgo no se transmita al comprador, el vendedor debe soportar la pérdida o deterioro

que experimenten las mercaderías y debe cumplir, igualmente, su obligación de entrega; si no lo hace, hay incumplimiento contractual, con las consecuencias jurídicas que este produce. Cualquier incumplimiento del vendedor anterior o simultáneo a la transmisión del riesgo no obsta que esta produzca sus efectos.

Las objeciones a la teoría del riesgo establecidas por la doctrina en cuanto al hecho de que no puede ser extendida a cualquier actividad considero son las adecuadas ya que no se puede desanimar la iniciativa y el espíritu de empresa por los riesgos que puedan existir a fin de cumplir con las prestaciones. Si es importante, sin embargo, tomar en consideración que no se puede suprimir el principio de buena fe que explica el principio de la responsabilidad y justifica sus consecuencias al momento de considerar la institución del riesgo. Debe entenderse, por lo tanto, que las estipulaciones establecidas en el contrato deben cumplirse por cada una de las partes que se obligan (entrega de la cosa y pago del precio) y esto debe hacerse de buena fe.

La teoría del riesgo basada en la Teoría planteada por Planiol y Ripert¹³⁶ abre paso a la Teoría de la Imprevisión que se basa en la idea del equilibrio contractual y que constituye la causa de la imposibilidad subjetiva de cumplir la prestación¹³⁷ o imposibilidad por excesiva onerosidad sobreviviente de la prestación¹³⁸, y que es radicalmente distinta de la noción de fuerza mayor.

1.2.5 Teoría de la imprevisión

Según Demogue, la Teoría de la Imprevisión aparece en el derecho canónico, cuando los canonistas de las Edad Media impusieron se la aplique en los tribunales eclesiásticos, para impedir el enriquecimiento de una de las partes a expensas de la otra en el contrato, como algo opuesto a la moral cristiana, lo que supone una *cláusula*

¹³⁶“Si las dos partes, por efectos del mismo contrato estaban obligadas correlativamente, la liberación de uno de los deudores como consecuencia de un caso de fuerza mayor deja abierta otra cuestión: determinar si la otra parte queda obligada a cumplir su obligación no obstante no recibir, a su vez, ni la prestación ofrecida, ni la indemnización de daños y perjuicios. Si fuera así, los riesgos del contrato pesarían sobre ésta; en el otro caso, recaen sobre la otra parte. Este problema se conoce como teoría de los riesgos”. Messineo, *Doctrina general de los contratos*, tomo 2, núm. 412, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965), 584.

¹³⁷Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 3, de las Obligaciones, Edición 6, (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1980) 444.

¹³⁸Messineo, *Doctrina General de los Contratos*, Ibíd, 373.

*rebus sic stantibus*¹³⁹ sobreentendida en los contratos, donde sus autores señalaban que las partes se reputaban, de manera implícita el haber subordinado la subsistencia de sus obligaciones en los términos convenidos, a que persistan las condiciones existentes el día del contrato. La fórmula completa es: *contractus quei habent tractum succesivum et dependiant de futuro rebus sic stantibus inteliguntur*¹⁴⁰ (los contratos a término o de tracto sucesivo, se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado).

Esta teoría se inspira en la idea del equilibrio contractual y constituye la causa de la imposibilidad subjetiva de cumplir la prestación¹⁴¹ o imposibilidad por excesiva onerosidad sobreviviente de la prestación¹⁴² y es radicalmente distinta de la noción de fuerza mayor. Se basa en la imprevisión, es decir, de acuerdo con Canosa Torrado,¹⁴³ cuando suceden hechos fuera de lo normal, luego de la firma del contrato, que no hayan sido previstos por las partes, por cuya causa, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan mucho y lo hacen tan oneroso, que el contrato pierde todo sentido y finalidad para la parte obligada. No hay una imposibilidad absoluta de cumplir, como en caso de fuerza mayor, sino una

¹³⁹ *Rebus sic stantibus* es una expresión latina que puede traducirse como "estando así las cosas". La cláusula hace referencia a un principio de derecho que señala que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son en virtud de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

Antiguamente, en el Derecho consuetudinario francés, se incluía expresamente en casi todos los contratos de tracto sucesivo. Posteriormente, se consideró innecesario incluir esta frase, por entender que estaba implícita y deducirse de la voluntad de los contratantes. Se creían que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso de que se cambiasen las circunstancias presentes en el momento de la celebración del mismo, llevaba a la disolución del contrato.

Esta expresión suele utilizarse como complementaria de otra expresión latina: *pacta sunt servanda* (deben cumplirse) de forma que *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* y que significa *los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así* lo que habla de la obligatoriedad de cumplir los pactos (contratos) mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no varíen. Consulta: 2 Noviembre de 2015 <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/rebus-sic-stantibus/rebus-sic-stantibus.htm>>

¹⁴⁰ Antiguamente, en el Derecho consuetudinario francés, se incluía expresamente en todos o casi todos los contratos de tracto sucesivo la expresión latina *rebus sic stantibus*. Posteriormente, incluir esta expresión se consideró innecesaria, por entender que estaba implícita, por deducirse de la voluntad de los contratantes: se estimaba que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso de que se cambiasen las circunstancias presentes en el momento de la celebración del mismo, llevaba a la disolución del contrato. Consulta: 2 de noviembre de 2015 <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/rebus-sic-stantibus/rebus-sic-stantibus.htm>>

¹⁴¹ Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 3, 444.

¹⁴² Messineo, *Doctrina General de los Contratos*, tomo 2, 373.

¹⁴³ Fernando Canosa Torrado, *La resolución de los contratos*, Edición 3, Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993) 66.

imposibilidad relativa, como en el caso de una crisis económica, una guerra, entre otros. Lo anterior requiere que sucedan hechos complejos y variados que deben ser probados.

Dentro de la teoría general de los contratos, existen varias interpretaciones sobre su naturaleza jurídica. Así para algunos, el contrato es un acto solemne que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes. En esta posición no tiene cabida en el campo contractual la Teoría de la Imprevisión. Como lo señala Borja Soriano, Colin y Capitant, por ejemplo son adversos a esta teoría: “debe mantenerse el saludable principio de respeto al contrato y si bien es cierto que debe otorgarse al deudor la posibilidad de un término de gracia. La Teoría de la Imprevisión encontraría dificultades de aplicación considerables porque no se sabe cómo limitarla. Es muy difícil dar a los Tribunales el poder de suprimir o modificar las obligaciones contractuales porque esto es hacer frágil o destruir el contrato, introduciendo la inestabilidad de la vida económica”.¹⁴⁴

Al respecto, Arturo Alessandri señala que:

“en materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo, salvas ciertas restricciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo”. “*La autonomía de la voluntad es según esto, la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y determinar su contenido, efectos y duración*”.¹⁴⁵

Para otros, en el contrato pueden variar las condiciones establecidas inicial o posteriormente, sin haberse previsto al momento de su celebración. El mismo Arturo Alessandri señala que existen limitaciones a este principio, “esta autonomía no es, sin embargo, absoluta; tiene limitaciones. Desde luego, las partes no pueden alterar o modificar las cosas que no son de la esencia del contrato que pacten, pues, de hacerlo, éste o no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro diferente; no podrían, por ejemplo, estipular una compraventa o un arrendamiento sin precio”.¹⁴⁶

¹⁴⁴Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II. Pág. 413, (México:Porrua/México, 1939) en José de Jesús López Monroy, *La cláusula “rebus sic stantibus” teoría de la imprevisión*, 75. Consulta: 18 de marzo de 2016

<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf>

¹⁴⁵ Arturo Alessandri, *De los contratos*, (Bogotá: Editorial Temis, 2011), 10.

¹⁴⁶ Arturo Alessandri, *Ibíd.*, 11

Tratadistas como Planiol y Ripert¹⁴⁷ al tratar sobre la teoría de la imprevisión señalan: “todo contrato cuyo cumplimiento no es inmediato expone al deudor a eventualidades favorables o desfavorables, como consecuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento”.¹⁴⁸ Al respecto, Arturo Valencia Zea cuestiona: “Si en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produce un acontecimiento imprevisto que altera notablemente las condiciones económicas previstas en el momento de contratar, en forma que uno de los contratantes resulta notablemente perjudicado, ¿tendrá el lesionado alguna acción o recurso para que los jueces revisen el contrato a fin de hacer desaparecer la lesión?”¹⁴⁹ Estos autores aceptan la imprevisión basándola en ideas de moral y equidad que impiden exigir el cumplimiento de compromisos que se han tornado demasiado difíciles o gravosos en virtud de acontecimientos no previstos, surgidos antes de la inejecución contractual; Demoge también es partidario de esta teoría, fundada en razones de equilibrio económico y contractual; y Bonnecase fundamenta su teoría en que el riesgo imprevisible tiene arraigo en el derecho positivo de la misma manera que el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, al amparo de los principios de derecho natural y de equidad y no por consagración expresa de un texto especial, es decir, el principio tradicional de la autonomía de la voluntad y la regla de que el contrato es ley para la partes. Otros oponen la necesidad moral y jurídica de cumplir los contratos sin que se cause entre los celebrantes un injusto desequilibrio prestacional, riesgo que debe conjugarse mediante la intervención de un juez, si es necesaria, regulando nuevas y equitativas condiciones de ejecución.¹⁵⁰

Autores como Lorenzo de la Maza la define como “la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevisibles

¹⁴⁷Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 4, Traducción de Mario Días Cruz (La Habana: Juan Buto Editores, 1927) 552.

¹⁴⁸ “Desde mediados del siglo XIX ha venido evolucionando esta teoría en forma progresiva hasta llegar al momento actual. Muchos trabajos jurisprudenciales se destacan ya que han llenado el vacío que al respecto contiene la ley (v. gr. Jurisprudencia alemana, española, italiana y francesa). En general, es aceptada y reconocida como vía razonable y equitativa para solucionar las injusticias que surjan por la excesiva onerosidad sobreviviente que el contrato represente para uno de los contratantes”.

Canosa Torrado, *La resolución de los contratos*, 65.

¹⁴⁹Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo 3, 444.

¹⁵⁰Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 4, 552.

para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas”.¹⁵¹ Lo que considero adecuado para las partes, siempre que se acuerde en el contrato previamente esta situación, haciendo honor al principio *pacta sunt servanda si rebus sic stantibus*.

El requisito de que los acontecimientos extraordinarios, que alteran las circunstancias bajo las cuales se contrató, es que sean imprevisibles, es decir, que las partes, en el momento de formarse el contrato, no hayan tenido ni hayan podido tener conocimiento de ellos; y, por esto, como señala Lorenzo de la Maza, debió llamarse más propiamente “teoría de lo imprevisible”. Para el autor, se trata de una “teoría, tanto porque es un conjunto de principios que forman una concepción completa, con sus fundamentos, la determinación de su rol, la fijación de sus límites y de sus efectos, cuanto porque permanece aún en el campo de la teoría, es decir, no ha sido todavía unánimemente aceptada por la jurisprudencia, ni aplicada en forma constante, uniforme y general, ni consagrada permanentemente por una regla amplia en la legislación positiva”. “De la imprevisión, porque su base es la noción de imprevisión, es decir, la falta de conocimiento o noticias que las partes tienen al formarse la obligación, de los acontecimientos posteriores que modificarán sustancialmente las condiciones generales de vida bajo las cuales se obligan”.¹⁵²

En consecuencia, la teoría de la imprevisión plantea la posibilidad de que el juez pueda revisar los términos del contrato, sea para modificarlo o dejarlo sin efecto, cuando, a consecuencia de acontecimientos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, se alteran de forma tal las condiciones existentes al momento de celebrarse, por lo que las obligaciones, sin ser imposibles de cumplir, se tornan excesivamente onerosas y, de esta forma, se puede restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Carmen Simone cita a Alterini cuando se refiere a la teoría de la imprevisión, que actualmente ha tomado varias denominaciones como “frustración de la finalidad del

¹⁵¹Lorenzo De la Maza, “La teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 30, 93.

¹⁵²Lorenzo De la Maza, “La teoría de la imprevisión”, *Ibid*, 93.

contrato, excesiva onerosidad, excesiva onerosità sopravvenuta, sopravvenienza, sconvolgimento, change of circumstances, imprevisión, lesión sobreviniente, bouleversement, hardship, o Wegfall der Geschäftsgrundlage”¹⁵³.

Los principios que rigen esta teoría en el derecho latinoamericano se basan en el código civil francés que tiene como principio la buena fe, señalando que las convenciones “deben ser ejecutadas de buena fe”, y “obligan no sólo a lo que está expresado en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley, dando la obligación según su naturaleza”. Los códigos civiles chileno, colombiano, ecuatoriano, salvadoreño, hondureño, disponen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, no solamente obligando a lo que se expresa en ellos, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o pertenecen a ella por la ley o la costumbre. La regla de buena fe tiene, por lo tanto, el rol importante de modificar la autonomía de la voluntad, como “fuente heterónoma que integra y corrige la voluntad de las partes en relación al efecto vinculante del acuerdo, y en la determinación de la prestación debida”¹⁵⁴, y mediante su aplicación “se pueden corregir los excesos del pacta sunt servanda”¹⁵⁵.

En la contratación comercial internacional, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT señalan que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial y se considera al principio de buena fe como un deber que las partes no pueden excluir ni limitar.(art 1.7). Los mismos principios UNIDROIT, fundamentándose en la teoría de la imprevisión, incorporan la figura de la excesiva onerosidad ¹⁵⁶conceptuándola cuando el equilibrio del contrato es alterado fundamentalmente por ciertos eventos, porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado, o el valor de la prestación que una parte recibe disminuye, siendo un avance en los negocios internacionales.

Sin embargo, en el marco de la contratación comercial internacional, es necesario indicar que al tener la economía actual un carácter universal en el cual el

¹⁵³Carmen Amalia Simone Lasso, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006) 81.

¹⁵⁴Schipani, S., *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con il codice del sistema romanistico*, en Roma e America. *Diritto romano comune*, N° 8/1999,(Modena, 2000 ap. 3-D) 225

¹⁵⁵C.A. Soto, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, *Cuaderno de Doctrina N° 11*, (Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 13, 2000)27.

¹⁵⁶ Principios UNIDROIT (2010), art. 6.2.2

manejo de las finanzas internacionales requiere una especialidad de conocimiento, la tesis de la imprevisión es moralmente aceptable, cuando de principios de buena fe y lealtad comercial se habla; pero, dicha teoría, me atrevería a decir, no cabe en el marco de la convención de Viena (1980) sobre compra venta internacional de mercaderías. Y me sustento en la posición de Van Houtte que sostiene que el hardship no afecta la compra-venta internacional amparada por la Convención de Viena quien se alinea a su vez en los argumentos de Sánchez Lorenzo y Alterini, autores citados por Carmen Amalia Simone,¹⁵⁷ al sostener que la doctrina y la jurisprudencia dudan que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de compra venta internacional de mercaderías amplíe la política de la imposibilidad de cumplimiento a los supuestos de excesiva onerosidad o hardship (art. 79). Según Simone, los autores, además, argumentan que existe imprecisión del término "impedimento" ("que es ajeno a su voluntad y que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el mismo en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias"¹⁵⁸ de acuerdo a lo que dicen los principios) en la norma; además consideran más propicia la interpretación que limita el ámbito de acción del Convenio (art. 79) a los casos de fuerza mayor, como garantizan los trabajos preparatorios, y en la práctica, el hecho de que la norma no ha sido utilizada para revisar un contrato cuando existe un cambio de circunstancias supervinientes que producen un desequilibrio económico o financiero.¹⁵⁹ Adicionalmente, la misma convención de Viena (1980) admite, en los contratos con entregas sucesivas (se entiende que son mercaderías) cuando se trata del *incumplimiento previsible*, la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato¹⁶⁰ en cuyo caso, no se requiere la modificación del diseño del contrato

¹⁵⁷Carmen Amalia Simone Lasso, "El Hardship en la Contratación Comercial Internacional", *Foro: Revista de Derecho*. 89, *Ibíd.*

¹⁵⁸ Principios UNIDROIT

¹⁵⁹Carmen Amalia Simone, "El hardship en la contratación comercial internacional", *FORO revista de derecho*, No. 5, p 89. *Ibíd.*

¹⁶⁰ Convención de Viena sobre compra venta internacional e mercaderías (1980) art. 71

puesto que puede suplirse por el cumplimiento indexado de las obligaciones ¹⁶¹y añadido, la imposibilidad de incumplimiento debe ser absoluta, lo que constituye la principal diferencia entre la noción de caso fortuito o fuerza mayor y la teoría de la imprevisión.

¹⁶¹ Al respecto, Rodrigo Momberg Uribe, señala la posibilidad de una “contratación trilateral” como camino expuesto en las tesis económicas de la Escuela de Chicago y de ellas da cuenta en forma extraordinaria la Obra de Williamson Oliver E. denominada *Las Instituciones Económicas de Capitalismo*.
Rodrigo Momberg Uribe, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, pp. 29-64 [diciembre 2010]. Consulta: 18 de marzo de 2016<<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002>>

Capítulo segundo

2. Exoneración de responsabilidad

2.1. Criterios sobre el término exoneración

La palabra exonerar proviene del latín “exonerare” que significa descargar, librar a alguien de un peso, carga u obligación. Está formada por el prefijo “ex” significa de, desde, fuera de, y determina la idea de alejamiento o privación. Y la raíz del sustantivo “onus, oneris” cuyo significado es peso, carga, gastos, gravámenes, impuestos.

Para Julio Casares, la palabra exoneración tiene diversos sinónimos: exención, exculpación, liberación, descargo, indulto, perdón, excusa, irresponsabilidad, fuerza mayor. En el ámbito económico, la denominación exonerar implica la liberación de la realización de un deber o de una obligación que tiene carácter temporal y se lo hace mediante una ley.¹⁶²

Los contratos y acuerdos suelen insertar una cláusula de este tipo donde se especifica la elección de jurisdicción, la ejecución las leyes y su aplicación, en caso de existir causales que determinen la exoneración en el cumplimiento de una obligación.¹⁶³

Para Francesco Gianniti, existen causas que eliminan la culpa y constituyen aquellas circunstancias en las que la conducta del supuesto agente no es voluntaria, por lo que no puede configurarse ya que falta un elemento fundamental de la responsabilidad.¹⁶⁴ Así, Livia Hernández sostiene que,¹⁶⁵ cuando no existe culpa el agente obligado manifiesta que su conducta fue prudente, y al no existir negligencia, la persona a quien se carga un daño, no está forzado a la reparación ya que en su comportamiento no existe relación de causalidad entre la conducta y el daño sufrido; la

¹⁶² Julio Casares, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, 2da. Edición, (Barcelona: Editorial Gustavo Gili 1988) 177.

¹⁶³ Tales causales pueden deberse a cuestiones de caso fortuito, fuerza mayor (irresistibilidad), hecho de un tercero, hecho de la víctima u otros casos en que, como consecuencia de una circunstancia no prevista por las partes, cambie notablemente el equilibrio económico del contrato, haciendo su ejecución especialmente onerosa para una de ellas (hardship) (imprevisibilidad).

¹⁶⁴ Francesco Gianniti, *Justificación, exculpación y exención*. Consulta 16 marzo de 2016 <<http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/55.pdf>>

¹⁶⁵ Livia Hernández, *Temas de Derecho*, en <<https://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/04/la-responsabilidad-civil/>>. Consulta: 20 de octubre de 2015.

conducta objetiva lícita, se da cuando el daño es causado por una conducta que está autorizada o permitida por el ordenamiento jurídico positivo; y la legítima defensa que viene a ser una eximente de responsabilidad civil y cuyo origen es penal, pero de gran importancia ya que ha sido aplicado en el campo civil.

Livia Hernández ¹⁶⁶sostiene que existen situaciones *que eliminan la relación de causalidad* en la que la conducta del agente, sea culposa o no, no fue la que causó el daño, sino que se debió a una causa distinta a la conducta del agente. Estas situaciones son el caso fortuito, la fuerza mayor, la pérdida de la cosa debida. ¹⁶⁷ El Caso fortuito y la fuerza mayor constituyen causales de exoneración de responsabilidad en el pago de daños y perjuicios. La pérdida de la cosa debida ocurre cuando en una obligación de objeto determinado, este perece, se pierde o queda fuera del comercio; no existe culpa por parte del deudor ya que sucede después de que las partes han contraído sus obligaciones. El efecto fundamental de estas circunstancias es que el deudor queda liberado de cumplir con la prestación y de la responsabilidad civil (obligación de reparar los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de su prestación). Para Héctor Patiño¹⁶⁸, si el deudor queda liberado, esa liberación viene a ser la exoneración del deudor por el incumplimiento de su prestación; pero podrá ser forzado al pago de los daños y perjuicios por inejecución de la prestación a la que estaba obligado como por retardo en la ejecución si no prueba que ellas provienen de una causa extraña no imputable, aunque de su parte no haya existido mala fe. Sin embargo, podría suceder que el deudor hubiese realizado previamente algunas de las prestaciones de su obligación antes de sobrevenir la imposibilidad de la causa extraña, en cuyo caso si el deudor las pierde puede reclamar su devolución al acreedor, por lo que su efecto restitutorio está ligado a la teoría de los riesgos¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Livia Hernández, *Temas de Derecho*, en <<https://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/04/la-responsabilidad-civil/>>. Consulta: 20 de octubre de 2015.

¹⁶⁷En materia de responsabilidad civil extracontractual objetiva, en la cual se presume la culpa del propietario o guardián de una cosa (responsabilidad por el hecho de los animales, de las cosas, del propietario de los vehículos, de las aeronaves) se establece como eximente de responsabilidad el hecho de un tercero).

¹⁶⁸ Héctor Patiño, “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”, *Revista de Derecho Privado* N. 14, 2008. 206-18. Consulta: 20 de octubre de 2015<revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525>

¹⁶⁹ Livia Hernández, *Temas de Derecho*, en <<https://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/04/la-responsabilidad-civil/>>. Consulta: 20 de octubre de 2015.

Héctor Patiño señala también que existen otras *causas que pueden ser Eximentes o Atenuantes de la Responsabilidad* y son el hecho del tercero y la culpa de la víctima.¹⁷⁰ En el hecho del tercero no se presenta una relación de causalidad entre el daño y el hecho de quien realizó el daño. Livia Hernández, señala que “puede ocurrir que el hecho del tercero haya sido concurrente con el hecho culposo del agente del daño, y si el tercero también ha incurrido en culpa, se le consideraría coautor del hecho ilícito y, por consiguiente, solidariamente responsable”¹⁷¹. Por otro lado, si el acreedor injustificadamente se niega a recibir la prestación, este se constituye en mora por lo que la obligación del deudor puede quedar en suspenso, lo que justifica su incumplimiento temporal. En cambio, si el acreedor obstaculiza e impide el cumplimiento de la obligación en forma absoluta tiene que ser apreciada como causa eximente de responsabilidad al deudor¹⁷².

Según Patiño, “para que exista responsabilidad es necesario que concurren tres elementos: daño, hecho generador del mismo y nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta -acción u omisión- del agente generador del mismo”¹⁷³, por lo que, tanto doctrina como jurisprudencia determinan que se puede declarar a una persona responsable como consecuencia de su acción u omisión cuando el resultado se da por una relación de causa-efecto. De no existir dicha relación de causalidad nos encontramos ante una situación de exoneración de responsabilidad.¹⁷⁴ El nexo de causalidad (que no admite presunción), según Patiño, debe probarse por el actor o quien demanda independientemente de si el sistema de responsabilidad se basa en responsabilidad subjetiva o en la responsabilidad objetiva. Así, quien demanda deberá probar los elementos de responsabilidad y su relación de causalidad, y el demandado, la causa extraña para liberarse de responsabilidad, ya que demostrar diligencia y cuidado, no será suficiente para liberarse de su responsabilidad. Adicionalmente, por regla general, el demandado podrá plantear su defensa y probar su diligencia y la inexistencia de nexo causal o la causal de exoneración de responsabilidad para liberarse. Así, en los

¹⁷⁰Héctor Patiño, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, *Revista de Derecho privado No. 14*, 2008. 198. Consulta: 23 de febrero de 2016.

<<http://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/555/525>>

¹⁷¹ Livia Hernández, *Temas de Derecho*, en <<https://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/04/la-responsabilidad-civil/>>. Consulta: 20 de octubre de 2015.

¹⁷² Livia Hernández, *Temas de Derecho*, *Ibíd.*

¹⁷³ Héctor Patiño, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, *Revista de Derecho privado No. 14*, 2008. 198. Consulta: 23 de febrero de 2016, 193. *Ibíd.*

¹⁷⁴ En este punto, su criterio se conjuga con el criterio de Kelsen.

sistemas de responsabilidad subjetiva, se probará la ausencia de culpa, la causa extraña o inexistencia de nexo causal; y en sistemas de responsabilidad objetiva la exoneración se daría probando ausencia de nexo causal o causa extraña. La causa de exoneración de responsabilidad viene a ser “la causa que impide imputar determinado daño a una persona, haciéndole improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad”¹⁷⁵

Así, las casuales de exoneración, al ser inexistente el nexo causal, no permiten la inculpación, sea por el hecho de un tercero, o porque que el demandado causó el daño coaccionado por un hecho externo irresistible o imprevisible.

Las causales exonerativas de responsabilidad entonces, según Patiño, liberan al demandado de responsabilidad cuando existe fuerza mayor (irresistibilidad), hecho de un tercero o hecho de la víctima (irresistibilidad e imprevisibilidad).¹⁷⁶

En el plano de la contratación comercial, cuando se habla de exoneración de la responsabilidad, nos estaríamos refiriendo a la liberación de las obligaciones que se haga a una persona natural o persona jurídica de cualquier reclamo siempre que quien propone la exoneración, exponga las pruebas y argumentos y demuestre o justifique la procedencia de dicha exoneración. En este caso, no se hará cargo de ninguna indemnización por el incumplimiento de la obligación.

2.2 Casos especiales de exoneración de responsabilidad

Uno de los requisitos para que el acreedor de una prestación pueda exigir indemnización de perjuicios es la necesidad de que el incumplimiento sea imputable al deudor. La regla general es que el deudor que no cumple es responsable de su incumplimiento. La responsabilidad del deudor que incumple no se configura y, por tanto, cesa la facultad que tiene el acreedor de exigir que se le indemnicen los perjuicios que se le han causado, únicamente si estos provienen de un hecho extraño a la voluntad del deudor que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Estos casos son el caso fortuito y la fuerza mayor.

¹⁷⁵ Héctor Patiño, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, *Revista de Derecho privado No. 14*, 2008. 198. Consulta: 23 de febrero de 2016.

<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/555/525>>

¹⁷⁶ Héctor Patiño, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, *Revista de Derecho privado No. 14*, Ibíd.

Muchos autores, entre ellos Baudru - Lacantinerie y Bonnacase, son de la opinión de que las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son sinónimas y que se trata de dos expresiones con las cuales se denomina un mismo fenómeno¹⁷⁷, otros sostienen que se trata de dos conceptos análogos pero distintos en cuanto a sus causas y sus efectos.¹⁷⁸

Marta Morineau al hablar sobre el caso fortuito cita a Manuel Borja Soriano, quien señala que “el caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza mientras la fuerza mayor es un hecho del hombre; en ambos casos, es además necesario que el suceso no se haya podido prever o que previéndose no se haya podido resistir”.¹⁷⁹

El caso fortuito y la fuerza mayor se definen, según Planiol y Ripert, fundamentalmente, en contraposición con la culpa. Solamente pueden ser constitutivos de uno u otra, aquellos acontecimientos que el autor del daño no podía o debía prever o impedir al tiempo de su realización. En cuestión de prueba, la presunción de la culpa se encuentra en el autor del incumplimiento quien debe demostrar la fuerza mayor cuando los daños causados son actos inmediatos; si fueren resultado de hechos inmediatos de una cosa o de tercera persona, precisa, en ausencia de toda presunción legal de acto personal ilícito por imprudencia o negligencia, que la víctima pruebe la existencia de esos hechos.¹⁸⁰

Tratándose de obligaciones, el caso fortuito o fuerza mayor, debe provenir de un hecho completamente ajeno a la voluntad del deudor. A partir de esto se infiere que son tres los requisitos necesarios para que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor constituya eximente de responsabilidad: debe tratarse de un *acontecimiento imprevisto*, o un suceso que no se ha de esperar ordinariamente si es normalmente previsto por el hombre al contratar. Esta imprevisibilidad es relativa y no absoluta, puesto que basta que se trate de un acontecimiento de raro acaecimiento y poco frecuente, de aquellos que sobrevienen excepcionalmente y que las partes no lo hayan tomado en cuenta al

¹⁷⁷ Antonio de la Vega, *Derecho de Obligaciones*, 4a ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1986).116

¹⁷⁸ Una interesante diferenciación de las dos nociones realiza Atilio Aníbal Alterini en *Temas de Responsabilidad Civil*. Sobre esta diferenciación me referiré posteriormente.

¹⁷⁹ Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las obligaciones*, 12 a edición, (México: Porrúa, 1991), 474-75. Consulta: 10 de marzo de 2016, en Marta Morineau, *Comentario sobre el caso fortuito en la jurisprudencia mexicana y romana. Caso fortuito en jurisprudencia*. 197.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/19/jur/jur16.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/19/jur/jur16.pdf>>

¹⁸⁰ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 4, 281-282.

contratar¹⁸¹; el hecho debe *no poderse resistir*, ser insuperable, y hacer absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Es decir que no basta que el suceso genere una simple dificultad, una mera imposibilidad relativa de incumplimiento. La imposibilidad de incumplimiento debe ser absoluta. Esto constituye la principal diferencia entre la noción de caso fortuito o fuerza mayor y la teoría de la imprevisión; y, el hecho debe ser *completamente ajeno a la voluntad del deudor* puesto que si la imposibilidad de ejecución proviene de un hecho voluntario del obligado o de negligencia o imprudencia suyas, la situación adquiere un perfil doloso o culpable, contrario e incompatible con el carácter inesperado del caso fortuito.¹⁸²

2.2.1 Caso Fortuito

En la historia fueron Ulpiano y Gayo los primeros jurisconsultos en citar el término caso fortuito. Para ejemplificar la utilización del término, se transcriben ciertas frases de Ulpiano y Gayo. Así, Ulpiano dijo “Por tanto si algo ocurre por incendio, ruina u otro daño fatal no queda obligado – el comodatario- a no ser que, pudiendo salvar las cosas comodadas, prefirió acaso salvar las propias” y Gayo agrega: “En las cosas comodadas debe ponerse tanta diligencia como pone la persona más diligente en sus propias cosas de modo que tan solo deje responder por los riesgos inevitables”. Más tarde Ulpiano citando a Juliano nuevamente menciona en cuanto a la reparación por el incumplimiento de la prestación a pesar de emplear la debida diligencia: “No se debe responder por los casos fortuitos”¹⁸³. Posteriormente, Justiniano se refirió al caso fortuito en el Digesto como *casus, casus fortuitus, causmaior, vis maior, fatalitas*.

Graciela Brantt señala que el caso fortuito puede situarse en sus inicios en el código francés, en el que se establece la imposición al deudor de demostrar que la inejecución de su obligación proviene de una causa extraña que no puede imputársele,

¹⁸¹ La apreciación de esta situación corresponde a los tribunales a quienes se ha sometido el litigio internacional tomando en consideración los términos incluidos en el contrato comercial internacional, las circunstancias en que se contrató y los resultados esperados por las partes, además de todas las demás circunstancias que puedan influir en el hecho.

¹⁸² Antonio de la Vega, *Derecho de Obligaciones*, 4a ed.(Bogotá: Editorial Temis, 1986) 116-18.

¹⁸³ Marta Morineau, *Comentario sobre el caso fortuito en la jurisprudencia mexicana y romana. Caso fortuito en jurisprudencia*. P. 190. Consulta: 10 de marzo de 2016

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/19/jur/jur16.pdf>>

para que se exonere de responsabilidad, así como la necesidad de establecer un límite de la indemnización de perjuicios en el caso fortuito. Así, los franceses y los comentaristas del *Code* opinaron que la causa extraña genera el caso fortuito. Posteriormente, la doctrina francesa afirmó que el caso fortuito constituye un hecho ajeno al deudor, lo que se traduce en la obligatoriedad de exterioridad.

La influencia de los autores franceses en la regulación del *Code*, y la importancia del *Code Civil* para las codificaciones posteriores, llegó también a influir en otros ordenamientos fundamentalmente a través de la interpretación doctrinal.¹⁸⁴ No es de extrañarse, por esta influencia, que el tema del caso fortuito haya sido recogido en otros países. Es así como en España, se permite interpretaciones al caso fortuito aunque no conste expresamente en el código (art.1105). Similar situación se observa en Chile¹⁸⁵, Argentina, Colombia, Brasil, China¹⁸⁶.

En el Ecuador, el código civil recoge la noción de caso fortuito sin diferenciarlo de fuerza mayor como el imprevisto a que no es posible resistir¹⁸⁷. Sus características son hecho externo, imprevisibilidad cuando ocurre, irresistibilidad en cuanto a sus efectos. Son ejemplos de caso fortuito la rotura del cristal de una ventana por una pelota lanzada por un menor de edad; que se caiga un balcón a la calle sin que tenga defectos aparentes; que se abra un hoyo en una calle por efecto de la lluvia; que se mueva la tapa de una alcantarilla y alguien se caiga dentro.

Así, la fuerza mayor, de acuerdo con el Código Civil, es sinónimo de caso fortuito.¹⁸⁸

¹⁸⁴ María Graciela Brantt, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009)[pp. 39 - 102]P. 40-2. Consulta: 10 de marzo de 2016.<<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a01.pdf>>

¹⁸⁵ María Graciela Brantt, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. Ibíd. <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a01.pdf>>

¹⁸⁶ Atilio Aníbal Alterini, *Temas de responsabilidad Civil*, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 73-5

¹⁸⁷ Ecuador Código Civil Art. 30 Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

¹⁸⁸ José Alfredo Santillán Vera “Causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido”, Monografía final previa a la obtención del título de Especialista Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Nacional de Loja, Universidad Andina Simón Bolívar, Loja-Ecuador, 2011. P.12-27 Consulta: 10 de marzo de 2016<<http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/6785/1/Santill%C3%A1n%20Vera%20Jos%C3%A9%20Alfredo%20.pdf>>

Graciela Brantt considera el caso fortuito como un suceso que se distingue físicamente de la conducta del deudor y que no permite el cumplimiento de la prestación debida, puesto que constituye un imprevisto que no es posible resistir y que afecta al deudor en su cumplimiento.¹⁸⁹Entonces, si la inejecución proviene de caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento no puede imputarse al obligado, quien queda eximido de responsabilidad y exonerado de la obligación de indemnizar los perjuicios que sufra el acreedor. El poder eximente del caso fortuito constituye, de esta manera, la regla general.

En el estudio que nos ocupa, la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre contratos de compra venta (1980), establece una norma de equidad para la parte que de buena fe incumple una de sus obligaciones por razones ajenas a su voluntad. Esto quiere decir que cualquiera de las partes queda liberada o eximida de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, si prueba que dicho incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad. La validez de esta regla se da cuando hay ausencia de culpa de la parte que incumple, esto es, en caso fortuito, fuerza mayor y los hechos de terceros, y esta última admisible únicamente en las circunstancias previstas en el mismo artículo¹⁹⁰.

La Convención de Viena intenta resolver algunos de los problemas que en las diversas legislaciones y sobre todo en el derecho latinoamericano son tratados como caso fortuito o fuerza mayor.¹⁹¹Si el incumplimiento de una de las partes se debe al

¹⁸⁹María Graciela Brantt, “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII* (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) [p. 39 - 102] p. 40-2. Consulta: 10 de marzo de 2016.P.62

<<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a01.pdf>>

¹⁹⁰Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías. Art. 79.

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se deba 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.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicarán las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

¹⁹¹Aníbal Sierralta Ríos y Luis Olavo Baptista, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, 3a Edición 3, (Bogotá: Editorial Temis, 1998) 130.

incumplimiento de un tercero, al que se encargó la ejecución parcial o total del contrato, la parte solo se libera o exonera de responsabilidad si el incumplimiento es por factor ajeno a su voluntad o si el tercero encargado de la ejecución depende de la participación o acción de otro sujeto¹⁹². También establece limitaciones a la exoneración. Así, la exoneración surtirá efectos mientras dure el impedimento¹⁹³, por lo tanto, solo en caso de imposibilidad permanente existe exoneración completa de responsabilidad ya que dicha exoneración será en tanto en cuanto dure tal impedimento. Adicionalmente, para que la parte quede liberada, se exige, de acuerdo con la Convención, la comunicación a la otra parte de tal impedimento. Los efectos resultantes en caso de que la otra parte no haya recibido dicha comunicación dentro de un plazo razonable serán los de pago de daños y perjuicios¹⁹⁴. Asimismo, señala que una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción y omisión de aquella¹⁹⁵, reconociéndose el principio de buena fe

¹⁹² Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías.

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

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.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo

¹⁹³**Sección IV. Exoneración**

Artículo 79

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

¹⁹⁴Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías (1980).

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas.

Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

¹⁹⁵Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías (1980).

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

contractual¹⁹⁶ en la contratación comercial internacional y que es enfatizado en los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales en cuanto a las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. La comunicación del hecho imprevisto y dentro de un plazo razonable del no cumplimiento de la prestación, de acuerdo con la Convención, constituye un elemento importante para efectos de determinar la buena fe en la negociación y la situación no conocida, imprevista, de caso fortuito para efectos de exoneración de responsabilidad.

2.2.2 Fuerza mayor

En el derecho romano la diferencia existente entre fuerza mayor (*vis major*) y caso fortuito (*casus*) se encuentra en el hecho de que los casos de fuerza mayor son imprevisibles, inevitables o irresistibles (*vis cui rēsistif non potest*). No existe fuerza humana que pueda oponérseles.¹⁹⁷

A fin de establecer la interrelación entre el grado de diligencia del obligado y la fuerza mayor, esta ha sido definida como un suceso no imputable o atribuible al dolo o negligencia del obligado o que sucede independientemente de su voluntad, es decir que no puede controlar, por lo que está impedido de cumplir con la obligación.¹⁹⁸

Para Jorge Jiménez Bolaños, la fuerza mayor es “una fuerza irresistible de tal magnitud que rompe totalmente el nexo causal. En esta situación el deudor no es responsable por el incumplimiento pero la razón es que no pudo cumplir, pues una fuerza superior a sus fuerzas se lo impidió. Se trata de acontecimientos que son

¹⁹⁶ La buena fe para Díez Picazo “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”.

Luis Díez Picazo, *La doctrina de los actos propios*, 137 en Arturo Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, 286. Consulta: 16 de marzo de 2016. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt7.pdf>>

¹⁹⁷ DOCUMENTO A/CN.4/315

La «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina, DOCUMENTO A/CN.4/315, *Estudio preparado por la Secretaría, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II (primera parte), 75. Consulta 17 de marzo de 2016

<http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_315.pdf>

¹⁹⁸ La «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina, *Estudio preparado por la Secretaría, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II (primera parte), 74. Consulta: 10 de marzo de 2016

<http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_315.pdf>

imprevisibles e inevitables”¹⁹⁹. Señala que son casos de fuerza mayor una inundación terremoto, huracán. La fuerza mayor destruye el nexo causal ya que los acontecimientos orientados al cumplimiento normal de la prestación se interrumpen, por lo que el análisis de la fuerza mayor no se debe hacer en relación con la culpabilidad del deudor (culpa o dolo) pues no es un evento al cual el deudor deba estar obligado a evitar pues sabemos que es un hecho inevitable aunque, en ciertos casos, sea previsto.²⁰⁰

Cuando de contratación hablamos, la inserción de la cláusula de fuerza mayor es habitual en los contratos nacionales como internacionales y sirve para cubrir posibilidades que se encuentran fuera del control de las partes tales como desastres naturales, guerras, etc.²⁰¹ Estas cláusulas responden al principio admitido generalmente en las legislaciones nacionales (Ecuador, Chile, por ej.) en el que las partes quedan liberadas cuando una prestación deviene imposible por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, los efectos de este principio varían de legislación a legislación, por lo que las partes prefieren definir ellas mismas en el contrato los casos de fuerza mayor y establecer expresamente las consecuencias a ellas ligadas, en caso de verificarse. Las legislaciones, a su vez, no dan el carácter de imperativo al hecho de insertar estas cláusulas, sin embargo, esta previsión e inserción es posible dado que los contratantes pueden modificarlas. Inclusive, es conveniente que se inserten en dichas cláusulas circunstancias adicionales de fuerza mayor que impedirían el cumplimiento de las prestaciones a fin de posibilitar la exoneración de responsabilidad, además de manifestar la transparencia y la buena fe negocial.

¹⁹⁹ Jorge Jiménez Bolaños, “Caso Fortuito y Fuerza mayor diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010, 92. Consulta: 16 de marzo de 2016
<<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13509/12778>>

²⁰⁰ Jorge Jiménez Bolaños, “Caso Fortuito y Fuerza mayor diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010, 92. Consulta: 16 de marzo de 2016
<<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13509/12778>>

²⁰¹ En los contratos internacionales de larga duración, como los de licencia, asistencia técnica, transferencia de tecnología, contratos de cooperación, joint ventures industriales, contratos de agencia y de distribución, es frecuente insertar cláusulas de fuerza mayor. Si se verifican determinadas circunstancias excepcionales, se permite a la parte que sufre sus efectos que suspenda la ejecución del contrato, o, si la fuerza mayor perdura, que proceda a su resolución sin incurrir en responsabilidad frente a la otra parte contratante. Las cláusulas de fuerza mayor pueden ser utilizadas, por lo general, por cualquiera de las partes, a no ser que se prevea expresamente su utilización sólo por una de ellas.

La jurisprudencia arbitral admite la invocación de estas cláusulas de fuerza mayor y sólo es posible cuando las circunstancias que imposibilitan la prestación devienen con independencia de la voluntad de los contratantes.²⁰²

Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha previsto una cláusula estándar de fuerza mayor que las partes pueden hacer valer (“cláusula de fuerza mayor de la CCI”). Esta cláusula establece condiciones de la exoneración de responsabilidad cuando la ejecución del contrato ha devenido en imposible, en la práctica (caso de fuerza mayor); otras cláusulas cubren la situación en las que el cambio de las condiciones hacen excesivamente onerosa su ejecución (excesiva onerosidad). Estas cláusulas no están vinculadas a ningún sistema jurídico en particular. Las partes pueden reproducir e incorporar en su contrato la cláusula de fuerza mayor de la CCI, texto que consta en la publicación No. 421 de la CCI, mediante referencia con la siguiente redacción:

“La cláusula de Fuerza Mayor (Exoneración) de la Cámara de Comercio Internacional (Publicación No. 421 de la CCI) queda por la presente incorporada en este contrato”²⁰³

²⁰²Al respecto, existen fallos que ratifican dicha afirmación. Ejemplos:

Caso 142: CIM, 54; 79 1)

Federación de Rusia: Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia

Laudo Arbitral en el caso No. 123/1992, de 17 de octubre de 1995

Original en ruso

Inédito

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html>

Caso 277: CIM 7 1); 25; 47 1); 49 1) a); 49 1); 79 1)

Alemania: OberlandesgerichtHamburg; 1 U 167/65

28 de febrero de 1997

Original en alemán

Publicado en alemán en [1997] Oberlandesgerichts-RechtsprechungsreportHamburg 149;<http://www.jura.uni-freiburg.de/iprl/cisg/urteile/text/261.htm>

Resumen en alemán, [1997] Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 791

Comentado en alemán por Mankowski, [1997] Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 791

Comentado en inglés por Koch, [1998] Pace Review of Convention on Contracts for International Sale of Goods 236 N° 203; 259 N° 269<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>

²⁰³ **Force Majeure (exception clause)**

The following model clause is the ICC standard recommended force majeure clause, first published in 1985. Force majeure clauses, which are frequently adopted in practice, even in non-French speaking countries, are sometimes described as “exception” clauses or “relief from liability” clauses.

Grounds of Relief from liability

1)A party is not liable for a failure to perform any of his obligations in so far as he proves:

- That the failure is due to an impediment beyond his control; and

Esta cláusula solo exonera de responsabilidad por el incumplimiento de la prestación contractual cuando concurren tres requisitos: 1. que el impedimento sea independiente de la voluntad del contratante que debe cumplir; 2. que ni el impedimento ni sus efectos puedan ser razonablemente previstos en el momento de la conclusión del contrato; 3. que el impedimento o sus efectos no puedan ser razonablemente evitados o superados. La parte que pretende valerse de esta cláusula deberá informar a la contraparte tan pronto tenga conocimiento del impedimento y de sus efectos, ya que la exoneración de responsabilidad solo será eficaz desde la fecha de la comunicación. Las consecuencias de esta cláusula son la imposibilidad de exigir el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de la prestación, así como de otras sanciones contractuales; y, la suspensión de la ejecución del contrato durante un tiempo razonable, en el cual la contraparte no puede solicitar la resolución del mismo.²⁰⁴

En el campo de la contratación internacional, la Convención de Viena (1980) sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías aborda los supuestos en los que las partes pueden excusar el cumplimiento de sus obligaciones encontrándonos ante el supuesto de exoneración de responsabilidad y distingue dos

-
- That he could not reasonably be expected to have taken into account at any time of the conclusion of the contract; and
 - That he could not reasonably have avoided or overcome it or at least its effects.

(2) Further it postpones the time of performance, for such period as may be reasonable, thereby excluding the other party's right, if any, to terminate or rescind the contract. In determining what is a reasonable period, regard shall be had to the failing party's ability to resume performance and the other party's interest in receiving performance despite the delay. Pending resumption of the performance by the failing party the other party may suspend its own performance.

(8) If the grounds of relief subsist for more than such period as the parties provide (the applicable period to be specified here by the parties), or in the absence of such provision for longer than a reasonable period, either party shall be entitled to terminate the contract with notice.

(9) Each party may retain what he has received from the performance of the contract carried out prior to the termination. Each party must account to the other for any unjust enrichment resulting from such performance. The payment of the final balance shall be made without delay.

Arbitraje y solución alternativa de controversias, *Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales, El caso de Costa Rica*, (Costa Rica: Centro de Comercio Internacional, Noviembre 2005)
Consulta: 26 de octubre de 2015,
<<https://books.google.com.ec/books?id=UfAqAAAAYAAJ&pg=PA20&lpg=PA20&dq=clausula+de+fuerza+mayor+de+la+cci&source=bl&ots=JuevosKTW&sig=ZBLT1i7WZiUa1IarfODE-DS40Wo&hl=es-419&sa=X&ved=0CBsQ6AEwAGoVChMIhY-lgpDgyAIVS6weCh13awyV#v=onepage&q=clausula%20de%20fuerza%20mayor%20de%20la%20cci&f=false>>.

²⁰⁴ José Vicente Troya, material de Cátedra de Derecho del Comercio Internacional, Maestría de Derecho Internacional Económico, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2008) 11.

situaciones: a) los supuestos de fuerza mayor; y b) las situaciones en las que el incumplimiento de una parte es consecuencia de la conducta de la otra parte (art 79).

En los supuestos de fuerza mayor, la Convención especifica que “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 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”.²⁰⁵ Dicho de otra manera, está fuera de su conocimiento y, además, no tiene forma de preverlo, impedirlo o evitarlo.

Se trata entonces de un supuesto de exoneración que puede reputarse a todas las partes, respecto de sus obligaciones. Dicha exoneración estaría motivada por un hecho ajeno a su voluntad, que además es imprevisible, es decir que no se puede prever y que, aun pudiéndose prever, no podía superarse. Este hecho requeriría ser probado por la parte que lo invoca.²⁰⁶ Quien vaya a alegar que no puede cumplir con sus obligaciones por existir una situación de fuerza mayor, deberá comunicar a la otra parte este hecho en un plazo razonable. La exoneración del cumplimiento del contrato o de cualquiera de sus obligaciones surtirá efectos mientras dure el impedimento. Esto implica que, en las ocasiones en las que el impedimento sea temporal, la parte que incumplió, pueda ser requerida por la otra para que cumpla con sus obligaciones, una vez que el impedimento haya pasado. La verificación de la existencia de fuerza mayor no permite exigir la

²⁰⁵Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), Sección IV –Exoneración– Capítulo V, Disposiciones Comunes a las Obligaciones del Vendedor y del Comprador, art. 79.1.

²⁰⁶ En el Laudo dictado en el asunto CCI 6281/1989 (Yearbook, 1990, p.83) en el contrato de venta FOB de acero concluido entre un nacional yugoslavo y otro egipcio, el comprador anunció que deseaba ejercer su derecho a adquirir una nueva cantidad de acero a precio y condiciones fijadas en el contrato. El vendedor se negó a ello. El Tribunal, al verificar consideró que no cabía la existencia de fuerza mayor, ya que el aumento de precio en el mercado, excusa alegada para no cumplir con el mismo, no era ni repentino, ni sustancial, ni previsible.

Carlos Espugles Mota, *Contratación Internacional*, 330. Consulta: 20 de octubre de 2015 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>

La S. del Tribunale de Monza, de 14 de enero de 1993 (II Foro Italiano 1994, 1 p 916) establece la diferencia entre fuerza mayor y otras situaciones afines. En el presente caso jurisprudencial, el hecho supuesto se refería al incumplimiento por parte del vendedor italiano, quien es el demandante, de su obligación de entregar unas mercancías aun comprador sueco, el demandado. El vendedor italiano demandó la anulación del contrato alegando “eccessiva onerosità sopravvenuta”, puesto o que el precio de las mercaderías había aumentado entre el momento de la celebración del contrato y de la entrega en un 30%. El Tribunal no aplicó el Convenio de Viena, y consideró que aun suponiendo que fuera aplicable, el vendedor no podía alegar la existencia de gravosidad, como motivo de anulación del contrato, puesto que el Convenio no contempla tal remedio ni en su art. 79 n en otro articulado.

Ibíd, 330.

indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto de impedimento de una parte debido a la conducta de la otra parte, sea por acción u omisión de la otra, esta última no podrá invocar el incumplimiento de la otra parte.²⁰⁷

El carácter internacional de los contratos y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, que la Convención busca, junto con la observancia del principio de buena fe, contemplada en los Principios UNIDROIT constituyen parámetros a tomar en cuenta por los órganos jurisdiccionales al valorar los hechos que se presentan para su decisión sobre todo en situaciones de casos fortuito o fuerza mayor invocadas por las partes.

La Convención de Viena incorpora también el principio general en favor de la exoneración de quien incumple sus obligaciones cuando dicho incumplimiento se debe *a causas trascendentales que no pudo prever ni evitar*. Carlos Espugles Mota hace referencia a “cualquiera de sus obligaciones”²⁰⁸, entendida cuando nombra implícitamente a los supuestos de incumplimiento parcial. Dicha exoneración se refiere exclusivamente a un sector de las obligaciones, permaneciendo la obligación de cumplir con las restantes obligaciones.²⁰⁹

La Convención también prevé aquellas ocasiones en las que la parte no cumple personalmente con sus obligaciones y encarga a un tercero la realización total o parcial de las mismas, en cuyo caso, puede existir exoneración de responsabilidad. Determina que si la parte no ha cumplido con sus obligaciones, tendrá que comunicar a la otra dicho impedimento, dentro de un plazo razonable, caso contrario será responsable de los daños y perjuicios causados (79.4) y añade que nada de lo dispuesto impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la convención. Situación que contrasta puesto que al existir exoneración de responsabilidad (por “un impedimento ajeno a la su voluntad”), debería también existir exoneración de indemnización de daños y perjuicios.

²⁰⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), Sección IV –Exoneración– Capítulo V, Disposiciones Comunes a las Obligaciones del Vendedor y del Comprador, art. 79 y 80.

²⁰⁸ Establecida en el art. 79.1

²⁰⁹ Carlos Espugles Mota, *Contratación Internacional*, 331.

La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías no hace referencia expresa a situaciones en las que pueda manifestarse la excesiva onerosidad o alteración del equilibrio contractual, por hechos o eventos sobrevinientes que hagan más difícil, costoso o imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, situación que sí encontramos en los principios UNIDROIT en cuyo marco se señala claramente que el incumplimiento de una parte es excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias (situación de fuerza mayor).²¹⁰ Esta situación viene a ser excluyente de responsabilidad; sin embargo permite al obligado asumir en el contrato la responsabilidad derivada del caso fortuito²¹¹ al examinar la figura, según Francisco Contreras²¹², del impedimento temporal, y en todos los casos exige a quien incumple que comunique la existencia de dicho impedimento y su efecto y, en caso de no hacerlo, convirtiéndose en responsable con la obligatoriedad de reparar los daños que su omisión ocasionen, en cuyo caso se puede rescindir el contrato, aplazar el cumplimiento de la obligación o exigir el pago del dinero por el interés adeudado.

²¹⁰ Principios UNIDROIT (210)

(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

²¹¹ARTÍCULO 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

²¹²Francisco José Contreras Vacas, *Resolución del contrato por incumplimiento*, 143-5. Consulta: 11 de marzo de 2016

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/10.pdf>>

En este sentido, a pesar de que los principios establecen la posibilidad de exoneración o liberación de responsabilidad por caso fortuito, se mantiene la obligatoriedad de la reparación de daños que deberían ser consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento, lo que indudablemente y a mi parecer discrepa con la noción de exoneración de responsabilidad por caso fortuito.

2.2.3 La Excesiva Onerosidad y la Cláusula Hardship

En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades y ese acuerdo determina los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. Sin embargo, esta autonomía tiene sus limitaciones, ya que las partes no pueden alterar o modificar las cosas que son de la esencia del contrato que pacten, ni estipular nada que vaya contra las prohibiciones legales, de orden público o las buenas costumbres, puesto que estas estipulaciones pueden ser nulas por ilicitud de objeto o de causa, según las circunstancias.²¹³ Cuando de contratos hablamos y del principio de autonomía de la voluntad que los rige al determinar que son ley para las partes, desde una perspectiva filosófica, Kant mira la autonomía de la voluntad como “un principio supremo de la moralidad: ‘La autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer)’”.²¹⁴

En el marco de la contratación comercial internacional la aplicación de los principios de autonomía de la voluntad, buena fe, lealtad contractual y equidad en el comercio internacional, constituyen ejes a tomar en cuenta en la formación del contrato y el cumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones. Así, la regla general de que los contratos constituyen ley para las partes la encontramos en la diferente normativa internacional como lo son el Convenio de Roma sobre la Contratación Comercial Internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el

²¹³ Arturo Alessandri, De los contratos, (Bogotá: Editorial Temis, 2011)1-15.

²¹⁴Kant, “La interpretación jurídica en los negocios jurídicos”, 2006, p. 131 en William Esteban Grisales, *Revista Ratio Juris Vol. 6 N° 12* (enero-junio 2011) pp. 73-85, Unaula Consulta: 16 de marzo de 2016. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4015413.pdf>>

Convenio de Viena sobre la Compra Venta Internacional de Mercaderías, los principios UNIDROIT sobre contratación comercial internacional.

Sin embargo, se observa que al momento de la ejecución de un contrato internacional, el escenario puede haber cambiado y que, actuando prudentemente, las partes no hubieran celebrado dicho contrato o lo hubieran celebrado en condiciones completamente diferentes. Actualmente, parafraseando con Carmen Amalia Simone, la cláusula *rebus sic stantibus* se la reconoce como principio de derecho internacional de los tratados²¹⁵ encontrándola en la Convención de Viena que señala²¹⁶:

“Art. 62 Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud de un tratado”.

La alteración del equilibrio contractual por hechos o eventos sobrevinientes que hacen más costoso o imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ha sido objeto de estudio y tratamiento en los diferentes ordenamientos jurídicos. Tomando como referencia y fundamentándose en la teoría de la imprevisión, ésta junto con los canonistas y los comentaristas sentaron las bases de la excesiva onerosidad, la cual se encuentra sustentada en el principio de que la imprevisión constituye la causal de la imposibilidad subjetiva de cumplir la prestación o imposibilidad por excesiva onerosidad sobreviviente de la prestación. De ahí que el axioma del *pacta sunt servanda* en la teoría de la contratación internacional no es absoluto, como menciona Carmen Simone, y “toma importancia el principio *rebus sic stantibus*, por el cual las estipulaciones de un contrato han sido incorporadas tomando en cuenta las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación del contrato. De

²¹⁵Carmen Amalia Simone, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

²¹⁶Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) <https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf>

esta manera, el contrato es ley para las partes siempre que las circunstancias de su celebración se conserven *-pacta sunt servanda si rebus sic stantibus-*, lo que considero importante en el tema tratado, pues las circunstancias pueden cambiar²¹⁷.

Hemos visto que dentro de la teoría general de los contratos, existen varias interpretaciones en cuanto a su naturaleza jurídica. Así, para algunos el contrato constituye un acto solemne de la autonomía de la voluntad de quienes contratan²¹⁸ por lo que en el ámbito contractual, no tiene cabida la teoría de la imprevisión y, para otros, el contrato es algo relativo en donde pueden variar las condiciones establecidas al inicio o posteriormente, sin que hayan sido previstas al momento de la celebración.

Los iusnaturalistas fueron los primeros que tomaron en cuenta el cambio de circunstancias para la ejecución de los contratos para que se postule el aforismo *rebus sic stantibus*.²¹⁹ Santo Tomás de Aquino enunció el principio *si sint mutatae condiciones personarum et negotiorum* (el rompimiento de una promesa no es un pecado), produciéndose el florecimiento de esta doctrina en el siglo XVII, como producto de las múltiples guerras de la época. Bartolo y Baldo desarrollaron el texto: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* (los contratos a término o de tracto sucesivo, se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado).²²⁰

Esta teoría fue aceptada más tarde por *el Códex Maximilianus Bavarius civiles* de 1756 y por la Ley General de Prusia de 1794. Sin embargo la teoría no fue reproducida en los Códigos francés de 1804 y alemán de 1900. El Código Civil francés de 1804 concibió al contrato como ley para las partes basándose en el principio de

²¹⁷ Simone Lasso, Carmen Amalia, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

²¹⁸ Los Principios UNIDROIT reconocen el valor de la regla de la autonomía de la voluntad en caso de existir conflicto, es decir, la posibilidad que tienen las partes cuando han suscrito un contrato internacional de escoger la ley por la cual quieren que se rija su acuerdo. Dichos principios no restringen la aplicación de las normas de derecho nacional o internacional que tengan un carácter imperativo (art. 1.4.) Así, el Convenio de Roma (art. 3) señala que las partes son libres de escoger la ley que regirá su contrato.²¹⁸ Sin embargo, decisiones judiciales o arbitrales han acudido a los principios UNIDROIT para suplementar vacíos de instrumentos internacionales como ocurre en la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

²¹⁹ Carmen Simone, *El Hardship en la Contratación Comercial Internacional*, en Zimmermann Reinhard, *The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Munich, Cape Town, 1990, p.581-582.

²²⁰ Carlos Ignacio Jaramillo, *El Renacimiento de la cultura Jurídica en Occidente*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2004) 430 en Jorge Oviedo Albán, *La excesiva onerosidad sobrevenida (“Hardship” en los Principios Unidroit)*, 78.

autonomía de la voluntad, y sólo podía ser invalidado por el consentimiento libre de las partes, o por una causa legal (modos de extinción de las obligaciones), o por alguna vicisitud que alterara la base de la relación contractual, esto es, la rescisión o la resolución por incumplimiento de cualquiera de las prestaciones (dicho código no previó la posibilidad de revisar los términos del contrato para su terminación o ajuste en caso de que alguna circunstancia no prevista por las partes, al momento de la celebración, alterara las prestaciones, en grado tal que las convirtiera en excesivamente onerosas).

El derecho francés se centró en que el contrato era ley para las partes, que se encontraban en situación de igualdad y que no podía terminarse, sino únicamente por alguna de las causales estipuladas y fundamentándose en la situación de igualdad, por lo que ninguna podía alegar el incumplimiento de las prestaciones nacidas del contrato o que la prestación era difícil de cumplirla por haber sobrevenido un cambio de carácter económico que hiciera excesivamente onerosa dicha prestación. La única posibilidad de justificar el incumplimiento sería cuando una causa extraña- caso fortuito o fuerza mayor- impidiera definitivamente el cumplimiento, y en consecuencia liberar al deudor de la prestación alterada por la mencionada causa.

Los adelantos tecnológicos, los efectos de las guerras y el desarrollo de la economía de los últimos siglos presentaron eventos que no cabían dentro de los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito (en algunos casos la prestación era imposible de cumplir y en otros era posible pero el deudor debía hacer esfuerzos originalmente no pensados o concebidos).

La jurisprudencia francesa dio inicio al desarrollo de la teoría de la imprevisión, que bajo esta denominación o como teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido recogida por varias legislaciones. Desapareció en el siglo XIX para reaparecer en el s. XX en la doctrina alemana del *Wegfall der Geschäftsgrundlage* o colapso del fundamento subyacente del contrato, desarrollada por Oertmann.²²¹ Jorge Oviedo Albán y Carmen Simone señalan que en Alemania, a raíz de la inflación que siguió a la Primera Guerra Mundial, los tribunales desarrollaron la doctrina que establecía que el deudor puede, de manera excepcional, liberarse de una obligación que no resultara del todo imposible de ejecutar si, como resultado de una caída imprevista de la divisa, un

²²¹ Carmen Simone, *El Hardship en la Contratación Comercial Internacional*, Foro Revista de Derecho, No. 5 (Quito: 2006).

cambio legislativo o una conmoción política, la ejecución exigiera esfuerzos excepcionales que trascienda los límites del deber (Überoglogationsmässig). Tras la primera guerra mundial, con una economía alemana devastada por la guerra, el Tribunal Supremo de ese país, frente a la imposibilidad económica de los deudores para cumplir sus deudas, una derivación del principio de la buena fe, consagrado en el art. 242 del Código Civil alemán, operando bajo el principio *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, liberándolos de la responsabilidad por su incumplimiento. La jurisprudencia alemana evolucionó y los tribunales alemanes admitieron que los contratos puedan ser adaptados ante a un cambio de circunstancias, cuando las partes así lo requieran, teoría ya incorporada al derecho alemán en la reforma de 2002, del Código Civil, en el art. 313.²²²

En Italia, varios tribunales solucionaron casos de alteración de la equivalencia contractual, a partir de la Primera Guerra Mundial. En el Código de 1942 se dio solución a la situación de eventos sobrevinientes, mediante la regulación de excesiva onerosidad, arts. 1467 a 1469. El derecho inglés desarrollo la teoría de la frustración del contrato, a partir de los casos Taylor vs. Caldwell,²²³ entre otros, la cual se aplica tanto a

²²² Jorge Oviedo Albán, *La Excesiva Onerosidad sobreviniente (Hardship) en los Principios UNIDROIT*, en Derecho Internacional de los negocios, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005)81-83 citado en Simone Lasso, Carmen Amalia, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

²²³ En 1863, en este caso, los ingleses plantearon el problema de los efectos que tienen los acontecimientos sobrevenidos ocurridos sin culpa de las partes en el contrato. Se considera este caso como el inicio del estudio de la frustración del fin, y de la fuerza obligatoria del contrato. Se menciona el acuerdo por el arrendamiento de un inmueble, propiedad de Caldwell & Bishop, a una compañía de teatro organizada por Taylor & Lewis, para que presentara sus funciones. Por un incendio probado como fortuito en el proceso, la prestación del arrendatario se volvió imposible de cumplir; Taylor demandó a Caldwell por el pago de los daños y perjuicios sufridos ante la imposibilidad sobrevenida de realizar las presentaciones en el teatro. El tribunal, presidido por el juez Blackburn consideró que el incendio del local donde debían celebrarse unos conciertos excusaba al deudor demandado que lo había alquilado a los demandantes por lo que ambas partes estaban exoneradas de pagar sus respectivas prestaciones ya que al perfeccionarse el contrato, no se pensó en la posibilidad de que la cosa materia de la prestación se destruyera.

La destrucción del teatro tuvo como consecuencia la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones, pero que se solucionaba con la aplicación de una “*implied term*” o condición implícita aplicable a ciertos contratos, y que se basaba en la existencia objetiva de una cosa, por lo que la desaparición fortuita de esta, sin que haya culpa de las partes, las libera de responsabilidad.

Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, “La Teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica” Universidad de Costa Rica (Costa Rica, 2008) <http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la_teoría_de_la_frustración_del_fin_el_contrato.pdf> Consulta 04 julio de 2016

los supuestos de imposibilidad de hecho o derecho, en los de frustración del propósito y cuando las circunstancias retrasan el cumplimiento o alteran la naturaleza del mismo.

La institución de excesiva onerosidad constituye el mecanismo que posibilita renegociare los contratos comerciales internacionales, muchas veces expuestos a variados cambios y circunstancias, cuando se ve afectado el equilibrio contractual. Un gran sector de la doctrina, basándose en lo que se dispone en el preámbulo de los Principios UNIDROIT (2010), los reconoce y resultan aplicables cuando las partes de un contrato internacional hayan acordado que el mismo rija por ellos.

Sobre la institución de excesiva onerosidad Arturo Valencia Zea señala:

“Si en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produce un acontecimiento imprevisto que altera notablemente las condiciones económicas previstas en el momento de contratar, en forma que uno de los contratantes resulta notablemente perjudicado, ¿tendrá el lesionado alguna acción o recurso para que los jueces revisen el contrato a fin de hacer desaparecer la lesión?”²²⁴

Bajo mi criterio, consideraría que si estaríamos bajo el supuesto de la excesiva onerosidad con los efectos de renegociación de las condiciones contractuales y en caso de que se haga imposible el cumplimiento de la prestación bajo determinadas circunstancias el efecto liberatorio de responsabilidad.

Planiol y Ripert aceptan la imprevisión, basándola en ideas de moral y equidad que impiden exigir el cumplimiento de compromisos que se han tornado demasiado difíciles o gravosos en virtud de acontecimientos no previstos, surgidos antes de la ejecución contractual y afirman que todo contrato cuyo cumplimiento no sea inmediato expone al deudor a eventualidades favorables o desfavorables, como consecuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento.²²⁵

La excesiva onerosidad que tiene su fundamento en la teoría de la imprevisión constituyendo una noción diferente a la de fuerza mayor pues se basa en la imprevisión de hechos extraordinarios ulteriores al contrato que no fueron previstos por las partes y

²²⁴ Fernando Canosa Torrado, *La resolución de los Contratos*, Edición 3, (Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993) 64.

²²⁵Planiol y Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, tomo VI, 1a.parte Las obligaciones, (México Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997, en Antonio de la Vega, *Derecho de las obligaciones*, 4ª.edición, (Bogotá: Editorial Temis, 1986)167.

cuyo acaecimiento, sin que sea imposible cumplir la obligación, lo dificultan, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde todo sentido para la parte obligada. No es una dificultad absoluta de cumplir, lo que constituye la fuerza mayor, sino una imposibilidad relativa, como en caso de una guerra, de un conjunto de hechos complejos y variados que deben alegarse y probarse.²²⁶

Esta teoría ha sido objetada en el campo del derecho civil por ser contraria a la integridad y firmeza de los contratos. De hecho, autores como Rolland se han expresado partidarios de la fidelidad contractual en las relaciones de derecho privado, aun en el caso de agravación inesperada de las cargas que soportan los obligados.²²⁷

En el marco de la contratación comercial internacional, los Principios UNIDROIT (2010) se refieren en términos similares a la excesiva onerosidad o hardship y al principio de obligatoriedad de los contratos respecto de cumplimiento de las obligaciones contractuales²²⁸. El sentido de la norma es el de la fuerza obligatoria de los contratos, es decir, todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes²²⁹, como se señala en los principios UNIDROIT y refuerza además el principio de la buena fe y lealtad negocial²³⁰. La regla general de los Principios, según la cual las obligaciones deben ser cumplidas, las partes soportando los riesgos normales del contrato excepto cuando dicho cumplimiento se haga imposible, como en caso fortuito o fuerza mayor o pérdida culpable de la cosa que se debe. Regulan, a su vez, la situación de fuerza mayor y la excesiva onerosidad que pueden alterar el cumplimiento de un contrato. Así el incumplimiento que es la “falta de ejecución por una parte de alguna de

²²⁶La Corte de Casación francesa ha dicho que “la teoría de la imprevisión no puede aplicarse sino a los contratos de ejecución pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual”. Cas. Del 29 de octubre de 1936, “GJ, t XLIV, pág. 457 en Fernando Canosa Torrado *Resolución de los Contratos*, Edición 3, (Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993) 68.

²²⁷ Antonio de la Vega, *Derecho de las obligaciones*, 4a.edición, (Bogotá: Editorial Temis, 1986)166.

²²⁸ Principios UNIDROIT, Sección 2 Cap. Sexto, art. 6.2.1

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad”

Principios UNIDROIT (2010) sobre la Contratación Comercial Internacional con Comentarios. Consulta: 25 de noviembre de 2015 <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

²²⁹ El concepto de validez del contrato se rige por las normas nacionales que resulten aplicables según el derecho internacional privado citado de Principios UNIDROIT (2010)

²³⁰Principios UNIDROIT (2010)

Art. 1.7

las partes deben actuar de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional

Las partes no pueden excluir ni limitar este deber

sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío puede excusarse “si una parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta o haber evitado o superado sus consecuencias”.²³¹

Jorge Oviedo Albán, señala que autores como Madrid Parra²³² establecen diferencias entre la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad. Así el autor citado, al analizar los artículos pertinentes de los Principios UNIDROIT dice: “En todo caso, hay que señalar que la teoría de la *excesiva onerosidad* es una más de las que han surgido con la pretensión de buscar la equidad para situaciones sobrevenidas imprevistas que, rompiendo el equilibrio o finalidad del contrato, causan un grave perjuicio a un contratante (...) Por su parte, la teoría de la imprevisión justifica la libertad del deudor como consecuencia de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que fueron imprevisibles y que hacen la prestación muy difícil”.²³³

Por lo señalado, se sigue la regla general de que las obligaciones tienen que cumplirse y que el contrato constituye ley para las partes, pero bajo el parámetro o presupuesto de la equivalencia de las prestaciones que fueron inicialmente asumidas por las partes. Si esta equivalencia se altera durante la ejecución de las mismas, estaríamos en la excepción a la regla.

También habrá que considerarse que la alteración de la prestación impida el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que la regla aplicable será la de la fuerza mayor tal como lo establecen los mismos principios.²³⁴

Los Principios UNIDROIT (2010) consagran el concepto de excesiva onerosidad (Art. 6.2.2) “Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien

²³¹ Principios UNIDROIT (2010) Art. 7.1.1

²³² Jorge Oviedo Albán, *La Excesiva Onerosidad sobreviniente (Hardship) en los Principios UNIDROIT*, Derecho Internacional de los negocios, alcances, Tomo 2, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005)81-3.

²³³ Oviedo, *Ibíd.* 87.

²³⁴ Principios UNIDROIT (2010) art. 7.1.7

“El incumplimiento de una parte se excusa si ésta prueba que el mismo se debió a un impedimento ajeno a su control, y que al momento de celebrarse el contrato no cabía razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”.

Principios UNIDROIT (2010) sobre la Contratación Comercial Internacional con Comentarios. Consulta: 25 de noviembre de 2015
<<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”.²³⁵

Parafraseando con Sixto Sánchez Lorenzo, el concepto que la excesiva onerosidad alterará la base de equilibrio originalmente acordada por las partes y la manera como la base se altere, aumentándose o disminuyéndose y para determinar el incremento y sus efectos, se considerará evidentemente que no todo encarecimiento o devaluación de una prestación genera excesiva onerosidad, sino sólo la que produce un desequilibrio esencial del contrato²³⁶. La dificultad estriba en establecer en qué momento una mayor onerosidad merece ser considerada como “excesiva”²³⁷: si la prestación fue alterada de manera tal que una de las partes debe incurrir en costos que originalmente no fueron previstos o, si tiene que hacer esfuerzos extraordinarios o más allá de lo normal para cumplir con la prestación; y para entender el término onerosidad se hará referencia a la carga económica al ser situaciones que implican un incremento desmedido en el costo de la prestación a realizarse o que bien dan lugar a recibir una prestación con un valor muy disminuido.

Existen, de acuerdo con los Principios UNIDROIT (2010), cuatro requisitos que deben concurrir para que exista la excesiva onerosidad (Art. 6.2.2): Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo

²³⁵Principios de la UNIDROIT sobre la Contratación Comercial Internacional con Comentarios en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>

²³⁶ Sánchez Lorenzo, Sixto, *Hardship en la Contratación Internacional, Principios Comunes para una unificación desde el derecho comparado*. En <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/14630/1/HARDSHIP%20EN%20LA%20CONTRATACION%20INTERNACIONAL.pdf>

²³⁷“Para algunos autores, la onerosidad excesiva puede establecerse a través de criterios porcentuales. Así, D. Maskow (“Hardship and Force Majeure”, A.J.C.L., vol. 40, 1992, p. 662) estima como necesario un incremento del coste o alteración del valor de, al menos, un 50%, al igual que hacen los principios UNIDROIT; pero sigue sin entenderse por qué no es excesivo un aumento en la onerosidad del 49%, ni tampoco existen criterios matemáticos para medir, más allá del precio, las oscilaciones de valor.

Asimismo, como hace ver M.C.A. Prado (“La théorie du hardship dans les principes de l’Unidroit relatifs aux contrats du comerce international (une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain”, Dir.comm.int., 1997, p. 366), cabe preguntarse si se trata de un umbral apropiado para cubrir todas las situaciones posibles (contrato de suministro, joint-ventures, de sociedades, de transferencia de tecnología...) en sectores tan dispares como el petrolífero, alimenticio, automovilístico, textil, etc.)” p. 1274

Sixto Sanchez, Lorenzo, *Hardship en la Contratación Internacional: Principios comunes para una unificación desde el derecho comparado*. Consulta: 21 de noviembre de 2015 <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/14630/1/HARDSHIP%20EN%20LA%20CONTRATACION%20INTERNACIONAL.pdf>

fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. ²³⁸

Para el profesor Madrid Parra, “el concepto básico de *excesiva onerosidad* se encuentra en el párrafo primero del artículo 6.2.2. En los apartados (a), (b), (c) y (d) se especifican cuatro requisitos, que deben darse para que se pueda afirmar la existencia de excesiva onerosidad y aplicar los efectos jurídicos contemplados en el artículo siguiente. Se ha de entender que todos estos requisitos son concurrentes ya que si falta uno cualquiera de los cuatro requisitos no se estará en presencia de un supuesto de excesiva onerosidad”. ²³⁹

Concepto con el que concuerdo ya que de concurrir estos elementos nos encontraríamos ante dicha situación con los efectos de liberación de responsabilidad, entendida en términos de excusa o descargo hasta que se restablezca el equilibrio contractual, más no en términos de exoneración de responsabilidad ya que ésta no constituye caso fortuito o fuerza mayor que determine exoneración de responsabilidad que libere absolutamente a cualquiera de las partes de su cumplimiento, pero sí puede constituir un motivo para estipular la revisión del contrato con miras a restablecer su equilibrio.

²³⁸Principios UNIDROIT (2010) sobre la Contratación Comercial Internacional con Comentarios. Consulta: 28 de noviembre de 2015

<<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

²³⁹Oviedo Albán Jorge, *La excesiva onerosidad sobreviviente (hardship) en los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales*, Derecho Internacional de los negocios, alcances, Tomo 2,(Bogotá: Universidad Externado de Colombia,2005), 92.

Adicionalmente, la Convención de Viena (1980) no hace referencia expresa a situaciones en las que pueda manifestarse alteración del equilibrio contractual por esta situación en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, lo que sí hacen los principios UNIDROIT.

En la Convención de Viena sobre contratos de compra venta internacional de mercaderías no se extiende el régimen de la imposibilidad de cumplimiento por excesiva onerosidad o incluso de imposibilidad económica. La Convención de Viena no establece una solución para la excesiva onerosidad sobreviniente.²⁴⁰ De esto resulta que la aplicación de la teoría de la imprevisión a las compraventas internacionales de mercaderías depende de lo que establecen los derechos nacionales que rigen el caso o, a mi criterio de la aplicación de los principios UNIDROIT en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este argumento, según el convenio de UNIDROIT ²⁴¹ “es esencial para quienes defienden la extensión al régimen de excesiva onerosidad, y radica en la imprecisión del término “impedimento”, cuya interpretación acabaría dependiendo en cierto modo de los derechos nacionales”. Frente a este planteamiento, manifiesta Sixto Sánchez Lorenzo, hay otras tesis favorables a un concepto autónomo que restrinja su acción a casos de fuerza mayor, imposibilidad o frustración del contrato.²⁴²

²⁴⁰Sin embargo, el artículo 7.2 dispone que: “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”.

Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías (1980).

²⁴¹Así lo avalan todos los trabajos preparatorios del propio convenio, y el hecho de que en modo alguno se pueda realizar una posible revisión o adaptación del contrato.

²⁴²“El art. 79 del CV de 1980 tiene su inspiración en el Derecho francés e inglés (B. Nicholas, “Force Majeure and Frustration”, A.J.C.L., vol. 27, 1979, pp. 231-245) no parecen apuntar la idea de la inclusión de supuestos de hardship.

A favor de la exclusión, pueden verse los argumentos de N. Marchal Escalona (“La cláusula de hardship en la contratación internacional”, RCEA., vol. XVII, 2002, pp. 97-98), P. Salvador Cordech (“Art. 79”, La compraventa internacional de mercaderías (comentario a la Convención de Viena), Madrid, Cívitas, 1998, p. 637).

A favor de la inclusión, no obstante, se pronuncian entre otros G.H. Jones y P. Schlechtriem sobre la base de un criterio de “inasequibilidad económica” (op.cit., p. 136), o D. Tallon, con el fin de garantizar la interpretación uniforme y evitar lagunas (“Art. 79”, Commentary on the International Sales Law (The 1989 Viena Sales Convention), ed. C.M. Bianca y M.J. Bonell, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 593-594). J.O. Honnold se manifiesta únicamente por la inclusión de supuestos de imposibilidad económica o extrema onerosidad (Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2ª ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1991, pp. 542-544). El mismo criterio restrictivo defiende P. Salvador Cordech (loc.cit., op.cit., pp. 642-644) “.

Los efectos de la excesiva onerosidad se encuentran consagrados en los mismos Principios UNIDROIT (2010)²⁴³. Entre ellos tenemos: a) Renegociación del contrato, que debe darse entre las partes del contrato sin intervención de tribunal o autoridad judicial alguna. La parte que pretenda dicha renegociación deberá actuar de buena fe, comportamiento derivado del principio contenido en el artículo 7.1 y además debe hacer sin demora injustificada; b) No suspensión del cumplimiento del contrato en el que se busca evitar posibles abusos con la reclamación por excesiva onerosidad, procediendo la suspensión solo en el caso de ocurrencia de circunstancias extraordinarias, que deberán probarse debidamente; c) Solución judicial o arbitral²⁴⁴ que en caso de que no se pudiese llegar a un acuerdo, por lo que, dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. La reclamación ante un tribunal puede ser interpuesta sea por la parte afectada con la circunstancia o por el destinatario de dicha reclamación, que se opusiere a la misma; d) Si el tribunal determina la “excesiva onerosidad”, puede resolver contrato con fecha y condición a ser fijadas; y adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio. No señala por lo tanto, la situación de liberación de responsabilidad en términos de exoneración.

Finalmente, los Principios UNIDROIT no señalan expresamente la posibilidad de que otorgue una indemnización de perjuicios por las pérdidas sufridas a causa de la negativa de una de las partes a negociar o de la ruptura de las negociaciones que sea contraria a la buena fe y a la lealtad. No obstante, como señala Carmen Simone, “la posibilidad de la solución judicial o arbitral que en caso de que no se pudiese llegar a un acuerdo, y la reclamación ante un tribunal que puede ser interpuesta sea por la parte

Lorenzo Sánchez, *Hardship en la Contratación Internacional, Principios Comunes para una unificación desde el derecho comparado*. Consulta: 2 de Diciembre de 2015 <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/14630/1/HARDSHIP%20EN%20LA%20CONTRATACION%20INTERNACIONAL.pdf>>

²⁴³Art. 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship”)

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

²⁴⁴La intervención del 3ero (árbitro) se hace en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, cuando en el contrato internacional se inserta la cláusula de arbitraje y se suscribe dicho contrato.

afectada con la circunstancia o por el destinatario de dicha reclamación, que se opusiere a la misma si puede dar lugar a que el tribunal determine la “excesiva onerosidad”, o la resolución del contrato con fecha y condición a ser fijadas con el efecto liberatorio de responsabilidad; y la posibilidad de adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio²⁴⁵”.

Como ya se dijo, los principios UNIDROIT imponen a las partes que contratan (art. 7.1) la obligación de actuar con principios de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional²⁴⁶. Se entiende que al celebrar un contrato, ambas partes, en términos de equilibrio contractual, se beneficien mutuamente. La buena fe permite la confianza mutua entre las partes. Evidentemente, en materia de contratación internacional y contratos de compraventa internacional de mercaderías, se presume que quien se dedica al comercio es porque sabe hacerlo. No se puede permitir que una de las partes obtenga una ventaja excesiva de la otra parte. Por esta razón se permite la posibilidad de anular un contrato por desproporción excesiva en las prestaciones con el consiguiente efecto liberatorio para ambas.

Carmen Simone señala que, de acuerdo con los comentarios, a los Principios de UNIDROIT, se explica que el fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en varios sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como “frustración de la finalidad del contrato”, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, imprevisión, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.” y se concluye señalando que se ha escogido la expresión excesiva onerosidad o hardship por ser “ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional, lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas “cláusulas hardship.”²⁴⁷.

Aníbal Alterini al referirse a esta cláusula menciona que existe una amplia terminología así: excesiva onerosidad, change of circumstances, imprevisión, lesión sobreviniente, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.²⁴⁸ Sin embargo, el término que más comúnmente se ha utilizado es hardship.

²⁴⁵ Simone Lasso, Carmen Amalia, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006

²⁴⁶ Principios UNIDROIT, art. 7.1.; 2.15

²⁴⁷ Carmen Amalia Simone Lasso, *Ibíd.*

²⁴⁸ Alterini, Atilio Aníbal, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*. 1. Consulta: 20 de noviembre de 2015 http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm citado en Sánchez Lorenzo, Sixto, *Hardship en la*

Tanto para Alterini como para Sánchez Lorenzo²⁴⁹, la Teoría de la Imprevisión tiene relación con la variedad de cláusulas hardship ya que pueden enunciar una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político); acudir a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); establecer que, dadas las circunstancias previstas, las partes deberán renegociar el contrato en cierto plazo o someterse a arbitraje; permitir que la parte perjudicada se desligue del contrato.

Señala también que sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión. Pero se diferencia de ella en estos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de partes, pero se la considera tácitamente incluida en los contratos de duración por exigencias de la regla de buena fe. Por ello, en los hechos, en los contratos de duración se producen resultados prácticos de la teoría de la imprevisión, aunque las leyes no la regulen expresamente.

La Cámara de Comercio Internacional CCI ha elaborado una cláusula estándar de hardship para facilitar su utilización e incorporarla en los contratos internacionales. En esta cláusula se define la situación del hardship como aquella en la que se verifican acontecimientos no previstos por las partes, aunque no necesariamente imprevisibles, que constituyen modificaciones sustanciales al equilibrio del contrato, haciendo particularmente onerosa la ejecución de sus obligaciones por una de las partes. Esto trae como consecuencia que esta parte pueda solicitar al otro contratante, durante un tiempo razonable (90 días), la revisión del contrato. Si no llega a un acuerdo sobre este extremo, la cláusula prevé el recurso a la CCI para que sea nombrado un tercero para que sugiera la revisión equitativa del contrato o la posibilidad que las partes recurran a un juez para que resuelva el problema.

La cláusula Hardship se refiere entonces a los casos en que, como consecuencia de una circunstancia no prevista por las partes, cambia notablemente el

Contratación Internacional, Principios Comunes para una unificación desde el derecho comparado. En <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/14630/1/HARDSHIP%20EN%20LA%20CONTRATACION%20INTERNACIONAL.pdf>>

²⁴⁹ Atilio Aníbal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula Hardship*. Consulta: 24 de noviembre 2015 <<https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../bajar?id>>

equilibrio económico del contrato, haciendo su ejecución especialmente onerosa para una de ellas, siendo su objetivo permitir la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias, bien a través de su revisión o por medio de la intervención de un tercero.

Por lo expuesto, en el marco de la contratación comercial internacional, la inserción de esta cláusula hardship permite a las partes revisar los términos de los contratos y adaptar el contenido del mismo cuando surgen circunstancias que afectan la relación económica y se trastorna la relación de valor entre las prestaciones del contenido contractual”²⁵⁰, siendo útil, equitativo y justo para los contratantes quienes, sustentados en su buena fe y lealtad negocial se ponen de acuerdo para adecuar el contrato a nuevas circunstancias económicas, técnicas, comerciales, y se facultan y autorizan a revisarlo periódicamente.²⁵¹

Sin embargo, es necesario aclarar que en casos de excesiva onerosidad se habla de una noción distinta a la de fuerza mayor. En el caso de la fuerza mayor, el cumplimiento de la prestación no se puede cumplir. En cambio, en la excesiva onerosidad, pese a existir hechos extraordinarios posteriores, no previstos por las partes, pero sin hacer imposible cumplir la obligación, lo dificultan mucho, haciéndolo tan oneroso, que el contrato, para la parte obligada, pierde todo sentido. Es una imposibilidad relativa, una serie de hechos complejos y variados para ser alegados y probados y que no constituyen causal de exoneración de responsabilidad, sino que surgen otros efectos, entre ellos, la resolución del contrato.

²⁵⁰L. I. Arechederra Aranzadi, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, (Madrid: 1978) 52 citado en Simone Lasso, Carmen Amalia, “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

²⁵¹Sobre todo en los contratos de duración, los contratantes tienen un deber implícito de renegociarlos cuando las circunstancias varían, lo que permite a la parte que sufre una situación de inequivalencia sobreviniente “romper el contrato y concluir otro en condiciones diferentes con otra persona”. El deber de renegociar estos contratos deriva de la regla de buena fe porque “pacta sunt servanda, se entiende, pero rebus sic stantibus” que sustenta la Teoría de la Imprevisión.

Capítulo tercero

3. Análisis Jurisprudencial

3.1 Jurisprudencia internacional relacionada con exoneración de responsabilidad en la compra venta internacional de mercaderías

Cuando nos referimos a la contratación comercial, sea nacional o internacional, si una persona se compromete a través de un contrato, se obliga a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer y, consecuentemente, debe conducirse en forma diligente para cumplir con la misma. Si la conducta de la persona es negligente (culpa) y provoca el incumplimiento de la obligación, deberá asumir las consecuencias del incumplimiento ante su acreedor. El incumplimiento del deudor trae consigo una serie de consecuencias jurídicas como son la ejecución forzosa de la prestación, los gastos referidos al cumplimiento y, de no cumplirla, el resarcimiento de daños y perjuicios y los costos del eventual proceso de resarcimiento de daños y perjuicios.

En los contratos en general y en los internacionales en particular, se observa que se insertan con frecuencia cláusulas de exoneración de responsabilidad que responden a un principio admitido en las legislaciones nacionales y que tienen por finalidad que en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias excepcionales, se permita a la parte que sufre sus efectos suspender la ejecución del contrato, y si la causa persiste, proceder a la resolución del contrato sin incurrir en responsabilidad frente a la otra parte contratante. También ocurre que los contratos internacionales que constituyen el régimen aplicable a la mayor parte de obligaciones de índole internacional, se plantean situaciones excepcionales por lo que incluyen ciertas cláusulas relativas a la exoneración de responsabilidad.

Las legislaciones, apegadas a la doctrina, admiten que las causas de exoneración de responsabilidad son el caso fortuito y la fuerza mayor. Se observa que en los contratos de compra venta internacional de mercaderías especialmente se inserta, además de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, la cláusula hardship, así como otras cláusulas relativas a las causas legales de exoneración de responsabilidad contenidas en los convenios internacionales y las legislaciones internas, por convenio de las partes, antes del contrato y después de que se produce el hecho.

Las legislaciones internas señalan que un deudor que no cumpla su obligación será responsable por el incumplimiento, y por el hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta sea por caso fortuito o fuerza mayor como causales de exoneración de responsabilidad o existan cláusulas que determinen situaciones excepcionales para dicha exoneración y otras que resuelven la cuestión de distribución de los riesgos e incertidumbre de las empresas en el comercio internacional.

Al hacer la investigación de jurisprudencia se detectó que en los laudos arbitrales (casos jurisprudenciales sometidos a decisión en la UNCITRAL y Cámara de Comercio Internacional, en lo relativo a compra venta internacional de mercaderías), las partes contratantes confunden las causales de exoneración de responsabilidad con el incumplimiento de contrato cuando ha habido previsibilidad de los hechos y también al asumir los riesgos. Se analizan algunos casos específicos que determinan: a) Confusión del incumplimiento de contrato cuando ha habido previsibilidad de los hechos y situación de riesgo que asumen las partes con la fuerza mayor y caso fortuito y; b) Confusión de incumplimiento de contrato por situación de desequilibrio económico con fuerza mayor, en cuyo caso se hace referencia a los Principios UNIDROIT, su principio de buena fe como eje transversal en las negociaciones y la determinación de que para efectos de resolver el contrato -y de liberación de responsabilidad- el evento que determine el desequilibrio económico debe ser excepcional, superviniente y no preexistente.

3.1.1 Estudio jurisprudencial en el que se presenta confusión del incumplimiento de contrato con fuerza mayor y caso fortuito

Se analizarán los siguientes casos:

Caso CLOUT 104 de la Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje, Laudo arbitral emitido en 1993, caso No. 7197 en el que se determina que existe una situación de previsibilidad que las partes la confunden con fuerza mayor. El litigio se fundamenta en el incumplimiento contractual de no pago en el plazo estipulado en el contrato de compraventa.

Caso CLOUT 142 en el que se presenta la confusión de fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad con incumplimiento de obligaciones contractuales.

Laudo del 29 de julio del 2002 en el que se presenta la confusión de caso fortuito como exoneración de responsabilidad con la imposibilidad subjetiva de ejecutar un compromiso contractual.

Caso CLOUT 272 en el que se confunde el incumplimiento de un contrato con impedimento ajeno a la voluntad.

Caso CLOUT 277 en el que se pretende la exención de responsabilidad en virtud de la inclusión de una cláusula de fuerza mayor sin considerar la situación de riesgo.

Caso CLOUT 163 en el que se excusa el incumplimiento de una obligación contractual (el pago del precio) por una situación que se consideraba de fuerza mayor.

En el caso No. 7197 (caso CLOUT 104) ²⁵²de la Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje, el litigio surgió a raíz de que el comprador búlgaro no pagó al vendedor austriaco en el plazo estipulado en el contrato de compra venta un embarque de frambuesas. El presente caso trata de un supuesto de exoneración que estaría motivada por un hecho ajeno a la voluntad, que además es imprevisible. Este hecho requeriría ser probado por la parte que lo invoca. El hecho de que las frambuesas descongeladas constituye un hecho o situación “previsible en el comercio internacional” y las pérdidas resultantes forman parte del riesgo normal de las actividades comerciales. La Convención establece que quien vaya a alegar que no puede cumplir con sus obligaciones por existir una situación de fuerza mayor, deberá comunicar a la otra parte este hecho en un plazo razonable. La exoneración del cumplimiento del contrato o de cualquiera de sus obligaciones surtirá efectos mientras dure el impedimento, lo que implica que, en las ocasiones en las que el impedimento sea temporal, la parte que incumplió, pueda ser requerida por la otra para que cumpla con sus obligaciones, una vez que el impedimento haya pasado. La verificación de la

²⁵²Consulta: 24 de Noviembre de 2015

Caso 104: CCIM 1 1) b); 7 2); 54; 61 1) a); 61 2); 62; 63 1); 64 2); 69; 77; 78; 79; 85 a 88

Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje

Laudo arbitral emitido en 1993, caso No. 7197

Extractos publicados en francés *Journal de Droit International*, 1993, 1028

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.htm>

existencia de fuerza mayor no permite exigir la indemnización de daños y perjuicios (art 79.5).

En el caso en estudio, el vendedor tenía derecho a reclamar el cumplimiento (artículo 64 de la CCIM) sin perder su derecho a pedir indemnización, ya que no era un caso de fuerza mayor (artículos 61.1 a, 61. 2 y 79 de la CCIM).

En el laudo arbitral emitido en 1993 el tribunal estimó que, al no especificar las partes el derecho aplicable, habría que recurrir a las normas de derecho internacional privado y aplicar el derecho austríaco ya que la CCIM se había incorporado al ordenamiento jurídico austríaco de conformidad con el artículo 1.1b de la Convención y donde el vendedor tenía su establecimiento. Carecía de importancia Bulgaria, lugar donde el comprador tenía su establecimiento, ya que no era parte en la Convención al celebrarse el contrato. El tribunal declaró que el comprador había incumplido el contrato al no abrir la carta de crédito irrevocable prevista en el contrato, a pesar de que el vendedor otorgó un plazo adicional de conformidad con los artículos 54, 62 y 63 1 de la Convención de Viena, y que el vendedor tenía derecho a reclamar el cumplimiento de acuerdo con el artículo 64 de la Convención sin perder su derecho a pedir indemnización, ya que no era un caso de fuerza mayor, de acuerdo con los artículos 61 1 a, 61 2 y 79 de la Convención En el laudo también se dijo que existía una situación de previsibilidad que las partes la confunden con fuerza mayor.

En supuestos de fuerza mayor, la Convención de Viena (1980) sostiene que una parte no será responsable por incumplir sus obligaciones, si demuestra que la falta de cumplimiento es ajena a su voluntad, y no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento cuando celebró el contrato, que pudiera evitar o superar sus consecuencias De otra manera, está fuera de su conocimiento, y sin forma de preverlo, impedirlo o evitarlo.

En el caso No. 123/1992, caso CLOUT 142 ²⁵³, se presenta la confusión del incumplimiento de obligaciones contractuales con la fuerza mayor como causal de

²⁵³Consulta: 26 de noviembre de 2015

Caso 142: CIM, 54; 79 1)

Federación de Rusia: Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia

Laudo Arbitral en el caso No. 123/1992, de 17 de octubre de 1995

Original en ruso

exoneración de responsabilidad. Un vendedor alemán, presentó una demanda contra un comprador ruso por incumplimiento en el pago del equipo que le había suministrado en virtud de un contrato celebrado entre ambas partes. El comprador reconoció que las mercaderías se habían entregado realmente de acuerdo con el contrato, pero declaró que no había pagado porque el banco encargado de sus operaciones en divisas no había dado las instrucciones necesarias para su transferencia al vendedor para el pago de la suma de dinero por las mercaderías. El banco no transfirió las sumas de dinero en divisas al vendedor porque en la cuenta del comprador no había fondos disponibles en moneda libremente convertible para pagar las mercaderías. Tras relatar esos hechos, el comprador pedía al Tribunal que lo exonerase de responsabilidad ya que, a su juicio, el hecho de no disponer de recursos en divisas debía considerarse como fuerza mayor que lo exoneraba de toda responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En el laudo arbitral emitido el 17 de octubre de 1995 el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, resolvió a favor del demandante y ordenó al comprador el pago del precio de las mercaderías suministradas. En dicho laudo, el tribunal no aceptó la tesis del demandado de que la falta de divisas debería considerarse como fuerza mayor, puesto que el contrato enumeraba exhaustivamente los casos de fuerza mayor que las exonerarían de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La falta de divisas del comprador no figuraba en esa lista de casos. El tribunal declaró que, en virtud del artículo 54 de la CIM, la obligación del comprador de pagar el precio de las mercaderías incluía la adopción de medidas y el cumplimiento de los requisitos que pudieran ser necesarios para que el pago fuera posible. Sobre la base de los hechos del caso y las explicaciones dadas por el comprador en el curso de las actuaciones, se determinó que lo único que había hecho el comprador había sido dar instrucciones a su banco para que se transfieran las sumas pagaderas en virtud del contrato, pero no había tomado ninguna medida para asegurarse de que el pago pudiera hacerse efectivamente.

El Capítulo III de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías establece con claridad en términos generales las obligaciones del comprador y, determina en el artículo 53 que el comprador deberá pagar el precio de las

mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención. El art. 54 señala que es obligación del comprador pagar el precio y comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

La decisión adoptada por el tribunal es conforme a derecho y se fundamenta en criterios que se apegan a la doctrina sobre obligaciones y contratos. Jamás se puede considerar un motivo de fuerza mayor y, por lo tanto de exoneración de responsabilidad el hecho de que el comprador no pague el precio de las mercaderías que hayan sido recibidas. La resolución del tribunal en favor del demandante de ordenar al comprador que abonara el precio de las mercaderías suministradas tiene su fundamento en la responsabilidad civil y en los principios de buena fe contractual cuando se determina para las partes la obligatoriedad de emplear los mejores esfuerzos para el cumplimiento de la prestación. Así, en la medida en que la obligación de una de las partes tenga como deber lograr un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar el resultado y, en la medida en que la obligación de una de las partes implique utilizar los mejores esfuerzos para la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición; y para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta otros factores como el nivel de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado (esto de acuerdo a principios generales de contratación y específicamente con los Principios UNIDROIT arts. 5.1.4;5.1.5).

El Laudo del 29 de julio del 2002 ²⁵⁴ presenta la confusión de imposibilidad subjetiva de ejecutar un compromiso contractual con el caso fortuito y fuerza mayor constituye una causal de exoneración de responsabilidad, y en caso de incumplimiento, es menester que el hecho alegado cumpla con las condiciones de ser ajeno a la voluntad de las partes, ser imprevisible y a la vez irresistible. La imposibilidad subjetiva no es

²⁵⁴ Consulta: 27 de noviembre de 2015.

J.E. Romero Pérez, *Principios Generales de UNIDROIT*, Revista de Ciencias Jurídicas, 2006, - revistas.ucr.ac.cr

J.E. Romero Pérez, *Principios generales de UNIDROIT. El caso de Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas, 2006) 110.

fuerza mayor, pues no puede admitirse como justificación de la inexecución y no exime a una persona de ejecutar un compromiso contractual.

El Tribunal Arbitral aplicó el artículo 7.4.8 de los PRINCIPIOS UNIDROIT (2010) y delimitó el daño sufrido (daños y perjuicios) como indemnización a que tiene derecho la parte que se ve afectada por la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte. El laudo dice: “La fuerza mayor, de acuerdo con la doctrina, es imprevisible e irresistible, siendo un suceso anónimo que presenta los caracteres de imprevisibilidad en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir; irresistible: el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato. En la presente demanda no se dan los elementos de fuerza mayor”.

El laudo determinó que la imposibilidad subjetiva no es fuerza mayor, pues no puede admitirse como justificación de la inexecución. y no exime a una persona de ejecutar un compromiso contractual.

En el caso CLOUT 272 ²⁵⁵ se confunde el incumplimiento de un contrato como causal de exoneración con un supuesto impedimento ajeno a la voluntad. Como requisito previo a una exoneración de responsabilidad, la falta de cumplimiento de sus obligaciones por una parte se debe a un “impedimento” que sea ajeno a la voluntad de la parte que incumple y, que no cabe esperar razonablemente que la parte lo tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato. De los términos empleados, un “impedimento” ha de ser “un riesgo irresistible o un evento absolutamente excepcional, como la fuerza mayor, la imposibilidad económica o la carga excesivamente onerosa”. En el presente caso, un alemán vendió cera para viñedos a un austríaco, para el tratamiento de cepas. Al resultar dañadas algunas plantas tras recibir tratamiento con la cera, el comprador austríaco reclamó falta de conformidad de la mercadería y presentó una demanda exigiendo indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor. Este negó su responsabilidad, aduciendo que había actuado únicamente como intermediario y

²⁵⁵Consulta: 26 de noviembre de 2015
Caso 272: CIM 8 3); 35 1); 45 1) b); 74; 79 1); 79 2)
Alemania: OberlandsgerichtZweibrücken; 8 U 46/97
31 de marzo de 1998
Original en alemán
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>

que la falta de conformidad del producto se debía a la producción defectuosa de su proveedor y, que esto era impedimento ajeno a su voluntad.

En el fallo se afirmó que las circunstancias que determinaron la entrega de mercaderías defectuosas podían constituir un impedimento conforme al artículo 79 de la Convención de Viena. Sin embargo, a fin de quedar exonerado de responsabilidad por el incumplimiento del contrato, el vendedor tendría que demostrar que la falta de cumplimiento se debía a un impedimento ajeno a su voluntad, que el impedimento no se tuvo en cuenta en el momento de celebrarse el contrato o que el vendedor no podía razonablemente evitar ni superar el impedimento o sus consecuencias (artículo 79.1 de la CIM).

El tribunal, en el laudo dictado el 31 de marzo de 1998, sostuvo que el comprador tenía derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 45.1.b. de la Convención ya que son condiciones previas para presentar un reclamo la falta de cumplimiento de su obligación por parte del vendedor, la relación causal y los daños y perjuicios, todo lo cual debe ser demostrado por el reclamante; en cambio, si el vendedor trata de invocar el artículo 74 de la Convención deberá demostrar que fue incapaz de prever los daños y perjuicios. En el laudo se analizó que las mercancías entregadas por el vendedor no satisfacían las exigencias de la práctica conforme al contrato y la convención (artículo 35 de la CIM); además se examinó si la responsabilidad del vendedor quedaba excluida en virtud de una cláusula de exoneración contenida en las condiciones generales y de venta del vendedor. En este caso no existían negociaciones ni usos comerciales establecidos entre las partes que hubieran podido pasar a formar parte del contrato (artículo 8 de la CIM). Aparte de esta situación el tribunal sostuvo también que, en la CIM no se prevén normas sobre la validez de una cláusula de exoneración y que esto debe decidirse remitiéndose a la legislación nacional que resulte aplicable conforme a las normas del derecho internacional privado. En el laudo se determinó que, con arreglo a la legislación alemana, la exclusión completa de responsabilidad, con independencia del grado de culpa, hubiera quedado invalidada. También señaló que la entrega de mercaderías defectuosas puede constituir un impedimento con arreglo al art 79.1 y que a fin de quedar exonerado de responsabilidad por el incumplimiento del contrato, el vendedor tendría que demostrar que la falta de cumplimiento se debía a un impedimento ajeno a

su voluntad, que el impedimento no se tuvo en cuenta en el momento de celebrarse el contrato o que el vendedor no podía razonablemente evitar ni superar el impedimento o sus consecuencias. El tribunal sostuvo que, en las circunstancias del caso, el defecto no había sido ajeno a la voluntad del vendedor y que pese a que mantenían una relación comercial, no era razonable que el vendedor sencillamente hubiera confiado en el producto de su proveedor sin someterlo a pruebas, porque se trataba de un producto nuevo. Además, en el caso de que el vendedor hubiera actuado únicamente como intermediario, continuaba siendo responsable por la falta de conformidad de la mercadería. En tales casos, el proveedor del intermediario no podía considerarse un tercero de acuerdo con lo que establece el artículo 79.2 de la CIM.

El vendedor, la parte perdedora en el presente caso apeló ante el Tribunal Supremo, apelación que consta en el caso 271: CIM 7; 77; 79²⁵⁶, y mantiene la confusión de que el impedimento ajeno a su voluntad constituye fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad. El tribunal confirmó la responsabilidad del vendedor pues el defecto de la cera no era un impedimento ajeno a su voluntad. Si bien no era éste el caso, el tribunal señaló que, cuando los defectos de las mercaderías son causados por el proveedor del vendedor, éste sólo queda exonerado de responsabilidad con arreglo al artículo 79 si la falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a la voluntad del vendedor y de todos sus proveedores. De este modo, el tribunal dejó pendiente la cuestión de si es posible o no invocar el artículo 79 de la CIM como excepción respecto de toda demanda por incumplimiento, incluso por la entrega de mercaderías defectuosas. Señaló también que la excepción prevista en el artículo 79 no

²⁵⁶Consulta: 26 de noviembre de 2015

Caso 271: CIM 7; 77; 79

Alemania: Bundesgerichtshof; VIII ZR 121/98

24 de marzo de 1999

Original en alemán

Publicado en alemán en [1999] *Neue Juristische Wochenschrift* 2440; [1999] *Der Betrieb* 1442; [1999] *Recht der Internationalen Wirtschaft* 617; [1999] *Wertpapier-Mitteilungen* 1466; [1999] *Juristenzeitung* 791; [1999] *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1009; [1999] *Lindenmaier- Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen CISG No. 6 and No. 7; Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht, IV F Art 79 CISG 1.99*; [1999] *Recht der Landwirtschaft* 250;

<<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/396.htm>>

Traducido al inglés en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>

Encabezamiento en alemán en [1999] *Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen (EBE/BGH)*, BGH-Ls 323/99

modifica la repartición de riesgos contractuales. La responsabilidad del vendedor se basaba en el incumplimiento de su obligación de entregar mercaderías conformes, no importaba que el defecto fuera culpa del vendedor o de su proveedor. Se presume que la cuestión de la exoneración con arreglo al artículo 79 depende esencialmente de la repartición de los riesgos en virtud del contrato, es por esta razón que el laudo denegó la exoneración al vendedor que no pudo adquirir mercaderías que estuviesen conformes y, por esa razón, no hizo la entrega. Sin embargo, como el tribunal de apelación no había examinado si el comprador había tomado o no alguna medida para reducir sus pérdidas, el Tribunal Supremo anuló el veredicto y devolvió el caso al tribunal de apelación señalando que como el hecho de que una parte no adoptara medidas para reducir su pérdida podía conducir a la exclusión total de la responsabilidad de la otra parte, en este caso la legislación alemana exigiría que la cuestión se considerara conjuntamente con la decisión sobre el fondo y no en una actuación separada referente a la cuantía de los daños (artículo 77 de la CIM). Como se trataba de una cuestión de derecho procesal antes que de derecho sustantivo, el tribunal dictaminó que no estaba regida por el artículo 7 de la CIM, sino, más bien, por las disposiciones pertinentes del derecho alemán.

En el caso CLOUT 277 ²⁵⁷ se alega la exoneración de responsabilidad en virtud de la inclusión en el contrato de una cláusula de fuerza mayor sin considerar la situación de riesgo. En este caso se ve claramente que quienes realizan los negocios son expertos en el tema. El conocimiento y la inserción de incoterms en un contrato de compra venta internacional de mercaderías hacen inferir dicha situación. La buena fe contractual es determinante al momento de contratar. Por lo tanto, la decisión del Tribunal al determinar que el vendedor no estaba exonerado de responsabilidad, ni en virtud de una

²⁵⁷Consulta: 27 de noviembre de 2015

Caso 277: CIM 7 1); 25; 47 1); 49 1) a); 49 1); 79 1)

Alemania: OberlandesgerichtHamburg; 1 U 167/65

28 de febrero de 1997

Original en alemán

Publicado en alemán en [1997] Oberlandesgerichts-RechtsprechungsreportHamburg 149;<http://www.jura.uni-freiburg.de/iprl/cisg/urteile/text/261.htm>

Resumen en alemán, [1997] Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 791

Comentado en alemán por Mankowski, [1997] Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 791

Comentado en inglés por Koch, [1998] Pace Review of Convention on Contracts for International Sale of Goods 236 N° 203; 259 N° 269

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>

cláusula de fuerza mayor del contrato ni con arreglo al artículo 79.1 de la Convención, es conforme a derecho y al principio de buena fe contractual ya que el vendedor se expone al riesgo de recibir la entrega de la mercadería de su proveedor. Se deja la salvedad al caso de que únicamente si ya no existieran en el mercado mercaderías de igual o similar calidad quedaría el vendedor exonerado de responsabilidad. Adicionalmente, corresponde al vendedor asumir el riesgo del aumento de los precios de mercado en el momento de una operación de reemplazo y aunque el precio del mercado aumente el triple de la cuantía convenida en el momento de celebrarse el contrato original esto no equivale a un precio de venta con pérdida si no se señala que la operación es muy especulativa.

En el presente caso, un comprador inglés y un vendedor alemán, celebraron un contrato para entregar hierro y molibdeno desde China, CIF Rotterdam, con entrega en octubre de 1994. La mercadería no se entregó al comprador, pues el proveedor chino tampoco entregó la mercadería al propio vendedor. Tras cumplirse un plazo suplementario para la entrega, el comprador realizó una operación de reemplazo con un tercero y demandó al vendedor exigiendo el pago de la diferencia entre el precio pagado y el precio previsto en el contrato.

La utilización de los incoterms (*incoterm* “CIF”) determina que el contrato es una operación en que se prevé la entrega dentro de un plazo fijo). El laudo determinó que la demora no se considera, por lo general, un incumplimiento esencial del contrato, pero sí la entrega dentro de un plazo determinado para el comprador, lo cual debe ser previsible en el momento de la celebración del contrato (artículo 25 de la CIM). El comprador había fijado un plazo suplementario para la entrega (artículo 47.1 de la CIM), dentro del cual el vendedor no había cumplido su obligación de entrega; además sostuvo que el comprador tenía derecho a indemnización de daños y perjuicios con arreglo al artículo 75 de la CIM. El Tribunal dictaminó que el contrato se había resuelto de conformidad con el artículo 49.1 a y b de la CIM y que, si bien la demora no se considera por lo general un incumplimiento esencial del contrato, puede constituirlo si la entrega dentro de un plazo determinado reviste interés especial para el comprador, lo cual debe ser previsible en el momento de la celebración del contrato (artículo 25 de la CIM). El tribunal sostuvo que era innecesaria una declaración expresa de resolución del

contrato una vez que el vendedor se negaba a cumplir su obligación de entrega, y que insistir en dicha declaración sería contrario al principio de la buena fe (artículo 7.1 CIM). Puede prescindirse de dicha declaración siempre que la resolución del contrato sea posible en principio y que resulte seguro que el vendedor no cumplirá sus obligaciones en el momento en que se efectúa la compra de reemplazo. El tribunal sostuvo que dos semanas era un plazo razonable para efectuar la compra de reemplazo tras el incumplimiento, por lo que el vendedor no quedaba exento de responsabilidad, ni en virtud de una cláusula de fuerza mayor del contrato ni con arreglo al artículo 79.1 de la Convención. En el presente caso, el vendedor se expone al riesgo de recibir la entrega de la mercadería de su proveedor. Únicamente si ya no existieran en el mercado mercaderías de calidad igual o similar quedaría el vendedor exonerado de responsabilidad. Correspondía al vendedor asumir el riesgo del aumento de los precios de mercado en el momento de la operación de reemplazo. Aunque el precio del mercado había aumentado al triple de la cuantía convenida en el momento de celebrarse el contrato original, ello no equivalía a un precio de venta con pérdida, pues se había señalado que la operación era muy especulativa.

En el Caso CLOUT 163 ²⁵⁸ existe otra confusión de incumplimiento de una obligación contractual (el pago del precio con fuerza mayor). En este caso, una empresa yugoslava vendió y entregó caviar a una empresa húngara. En el contrato se estipulaba que “el comprador recogerá las huevas en el establecimiento del vendedor y llevará la mercadería a su establecimiento en Hungría”. El pago debía realizarse dos semanas después de la entrega de la mercadería, momento en el que entró en vigor en Hungría el embargo de la ONU contra Yugoslavia. El demandante transfirió el crédito correspondiente al precio de la mercadería a una empresa con domicilio social en Chipre. El demandado reconoció la cesión, pero no realizó el pago argumentando que el embargo de la ONU constituía un impedimento de fuerza mayor. El presente caso

²⁵⁸Consulta: 29 de noviembre de 2015

Caso 163: 66; 67

Hungría: Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría

Laudo arbitral emitido en el caso N° VB/96074, de 10 de diciembre de 1996

Original en inglés

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>

debe centrarse en la evaluación de los riesgos que la parte que pide la exoneración asumió cuando celebró el contrato (artículo 79). El enfoque de la exoneración del artículo 79 basado en el análisis de riesgos es también evidente en los casos en que se ha planteado la cuestión de la relación entre el artículo 79 y las normas sobre el riesgo de extravío o pérdida.

En el presente caso, el vendedor había entregado el caviar y el riesgo de la pérdida se había transmitido al comprador, pero las sanciones internacionales contra el Estado del vendedor habían impedido que el comprador tomara posesión inmediata del caviar (por lo que tuvo que ser destruido). El tribunal arbitral sostuvo que el comprador no tenía derecho a ser exonerado de no haber pagado el precio e insistió que la pérdida debía ser soportada por la parte que había asumido el riesgo en el momento en que sobrevino la fuerza mayor. El daño ocasionado por fuerza mayor tenía que ser asumido por la parte a la que se había transmitido el riesgo, es decir, el demandado. En este sentido el tribunal de arbitraje consideró necesario señalar que los riesgos del transporte corrían de cargo del demandado, a menos que el contrato concluido entre las partes o el derecho aplicable dispusieran otra cosa (artículo 67 de la CIM). No podía eximirse al demandado demostrando que el daño se debía a un acto u omisión del demandante (artículo 66 de la CIM). Por lo tanto, el tribunal de arbitraje consideró que el demandado estaba obligado a pagar el precio de la mercancía entregada con los intereses correspondientes.

3.1.2. Estudio jurisprudencial en el que se invoca causales de exoneración de responsabilidad ante el incumplimiento de contrato por situación de desequilibrio económico.

Se analizarán los siguientes casos:

Laudo 6281/1989 en el que se analiza que la excusa alegada como fuerza mayor, para no cumplir con la prestación, excusa que no era ni repentina, ni sustancial, ni previsible.

Caso CLOUT 54 sobre excesiva onerosidad.

Caso CLOUT 480 en el que se presenta la confusión de exoneración de responsabilidad con incumplimiento de obligaciones contractuales y situación de modificación sustancial de las condiciones del contrato sin cláusula de equilibrio económico.

El primer caso se refiere a un contrato de venta FOB de acero concluido entre un nacional yugoslavo y otro egipcio. El comprador anunció que deseaba ejercer su derecho a adquirir una nueva cantidad de acero al precio y condiciones fijadas en el contrato. El vendedor se negó a ello. Se presenta la confusión de incumplimiento de contrato por excesiva onerosidad con una situación de fuerza mayor.. Se presenta el aumento de precio en el mercado, excusa alegada para no cumplir con el mismo, que a su vez no era un hecho ni repentino, ni sustancial, ni previsible.

En el Laudo 6281/1989²⁵⁹, el Tribunal consideró que no cabía la existencia de fuerza mayor, ya que el aumento de precio en el mercado, excusa alegada para no cumplir con el mismo, no era ni repentino ni sustancial ni previsible. Se basó en los supuestos de fuerza mayor. La Convención de Viena establece que una parte no será responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, si prueba que el incumplimiento es causado por una dificultad o impedimento ajeno a su voluntad, y que no podía en el momento de la celebración del contrato, evitarlo o superarlo. Es decir que, para efectos de que exista exoneración y que puede reputarse a todas las partes, respecto de sus obligaciones, debe haber estado fuera de su conocimiento y sin forma de preverlo, impedirlo o evitarlo; es decir, la exoneración estaría motivada por un hecho ajeno a su voluntad, que además es imprevisible y que aun pudiéndose prever, no puede superarse. Adicionalmente, el hecho requeriría ser probado por la parte que lo invoca y quien vaya a alegar que no puede cumplir con sus obligaciones por existir una situación de fuerza mayor, deberá comunicar a la otra parte este hecho en un plazo razonable.

Se da, por lo tanto la confusión de situación de fuerza mayor como exoneración de responsabilidad con incumplimiento de contrato por excesiva onerosidad (aumento de precio en el mercado, excusa alegada para no cumplir con el mismo, que a su vez no era un hecho ni repentino, ni sustancial, ni previsible).

²⁵⁹Consulta: 28 de noviembre de 2015
Asunto CCI 6281/1989 (Yearbook, 1990, p.83)
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>

En el caso 54: CCIM ²⁶⁰ el hecho supuesto se refería al incumplimiento por parte de un vendedor italiano de su obligación de entregar las mercancías a un comprador sueco, el demandado. El vendedor italiano demandó la anulación del contrato alegando “excesiva onerosidad supervenida”, puesto que el precio de las mercaderías había aumentado entre el momento de la celebración del contrato y de la entrega en un 30%. El Tribunal no aplicó el Convenio de Viena y consideró que, aun suponiendo que fuera aplicable, el vendedor no podía alegar la existencia de gravosidad como motivo de anulación del contrato, puesto que el Convenio no contempla tal situación de remediación ni en su art. 79 ni en otro articulado.

La sentencia del Tribunale de Monza, de 14 de enero de 1993 (II Foro Italiano 1994, 1 p 916) establece la diferencia entre fuerza mayor y otras situaciones afines.²⁶¹ El Tribunal estimó que la CCIM no era aplicable, ya que en el momento de la celebración del contrato la Convención estaba en vigor en Italia pero no en Suecia (art. 1.1a de la CCIM). El Tribunal excluyó también la aplicación de la Convención argumentando que las partes habían escogido la ley italiana para regir su contrato estimando que el artículo 1.1d de la CCIM se aplica únicamente a falta de elección de la ley por las partes. Un tribunal nacional no podría integrar en la CCIM disposiciones de derecho interno que recogieran un derecho de anulación del contrato en caso de gravosidad dado que ésta no es materia expresamente excluida del alcance de la Convención en su artículo 4.

El tribunal presumió que el artículo 79 impone un criterio menos estricto que el de la “imposibilidad” al decidir que el comprador estaba exonerado de abonar intereses por un pago tardío del precio, incluso cuando el pago oportuno hubiese sido claramente

²⁶⁰ Consulta: 29 de noviembre de 2015
Caso 54: CCIM, artículos 1 1^a); 11 b); 4;70

Dist GENERAL
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4
30 de agosto de 1994
ESPAÑOL

Original:INGLES
Italia: TribunaleCivile di Monza
14 de enero de 1993

NuovaFucianiS.p.A. con Fondmetal Internacional A.B.

Publicado en italiano: Giurisprudenza Italiana 1994, I, 146 e Il Foro Italiano 1994, I, 916

Comentado por Bonell en Giurisprudenza Italiana 1994, I, 145 y Di Paola en Il Foro Italiano 1994, I, 917.

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>

²⁶¹ Carlos Espugles Mota, *Contratación Internacional*, 330. Consulta: 5 de diciembre de 2015
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>

posible, aunque el pago no podía esperarse razonablemente, atendidas las circunstancias.

La Corte de apelación (Cour d'appel de Colmar, Francia, 12 de junio de 2001) niega la exoneración del comprador cuando su cliente rebajó considerablemente el precio que pagaría por los productos que incorporaban como componente las mercaderías en cuestión. El tribunal señaló que esa modificación de las circunstancias era previsible en un contrato a largo plazo como el celebrado por el comprador y el vendedor, y concluyó que “correspondía al comprador, como profesional experimentado en la práctica mercantil internacional, prever garantías de ejecución de las obligaciones del vendedor o modalidades de revisión de dichas obligaciones. Como no lo hizo, le corresponde asumir los riesgos de un incumplimiento.”.

En el caso 480²⁶²: CIM se presenta la confusión de incumplimiento de obligaciones contractuales y situación de modificación sustancial de las condiciones del contrato sin que exista cláusula de equilibrio económico con exoneración de responsabilidad. El demandado, un fabricante francés de equipo de aire acondicionado para la industria del automóvil concertó un “acuerdo de colaboración” con su proveedor, una empresa suiza (el demandante), el 26 de abril de 1991. Este último se comprometió a entregar al menos 20.000 cárteres en un período de ocho años, de conformidad con las necesidades del cliente del demandado, un fabricante de camiones. Se llevó a cabo una descripción detallada de las mercaderías y se fijó el método de cálculo del precio para la duración total del contrato inicialmente previsto por las partes. Se trata de un contrato a largo plazo en el que no se insertaron cláusulas claras en cuanto a la entrega y puesta a disposición de las mercaderías al comprador para efectos de asumir los riesgos, tampoco se insertaron cláusulas que determinen claramente los ajustes de precio a fin de que no exista desequilibrio económico en el contrato. Como

²⁶²Consulta: 30 de noviembre de 2015

Caso 480: CIM 1 1); 30; 53; 61; 77; 79

Francia: Courd'Appel de Colmar

Romay AG v. SARL Behr France

12 de junio de 2001

Original en francés

<http://www.witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/120601.htm> (texto en francés)

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>

consecuencia de una fuerte caída del mercado del automóvil, el fabricante de camiones se vio obligado a modificar radicalmente sus condiciones de compra, imponiendo al demandado un precio para el equipo de aire acondicionado inferior en un cincuenta por ciento al precio de los componentes incorporados vendidos por el demandante, el demandado manifestó, en un escrito de 6 de diciembre de 1993, su deseo de dejar de utilizar los cárteres fabricados por el demandante en la producción de equipo de aire acondicionado. Al 31 de diciembre de 1993, sólo se habían entregado 8.495 de los 20.000 cárteres. El 19 de junio de 1996, el demandante interpuso una demanda contra el demandado ante el Tribunal de Distrito de Colmar reclamando el pago de una indemnización por daños y perjuicios que ascendía a 3.071.962 Francos suizos.

El Tribunal de Primera Instancia, competente al tenor de lo dispuesto en una cláusula de competencia aplicable en virtud del artículo 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Lugano), desestimó la reclamación del demandante para recibir una indemnización. El tribunal se abstuvo de aplicar la CIM en razón de que el acuerdo de colaboración no podía considerarse un contrato de compraventa debido a que no se había determinado la cantidad total de mercancías a entregar. El acuerdo –un acuerdo marco de producción y distribución- se regía por el artículo 4 del Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales, y el derecho aplicable al caso era el derecho suizo. El Tribunal de Primera Instancia concluyó que el acuerdo no daba origen a ninguna obligación formal de compra por parte del demandado.

El Tribunal de Apelación revocó dicho fallo, por considerar que la CIM debía aplicarse al “acuerdo de colaboración” como fue denominado. A pesar de la denominación del acuerdo, el Tribunal lo definió como un contrato de compraventa con arreglo a lo dispuesto en la CIM y afirmó que lo importante era determinar el verdadero contenido del acuerdo y verificar si las partes habían consentido en obligarse como comprador y vendedor de acuerdo a los artículos 30 y 53 de la CIM. La designación de las partes como fabricante y comprador, la determinación precisa tanto de las mercancías que se han de entregar como del método de cálculo del precio y la fijación de una cantidad mínima de 20.000 cárteres llevó a la conclusión de que el acuerdo tenía todas las características de un contrato de compra venta. El Tribunal reconoció que el acuerdo no contenía ninguna cláusula que obligara expresamente al demandado a

comprar. No obstante, “cabe deducir del equilibrio económico general del contrato -y de la estipulación particular relativa a la obligación de acumular existencias- que la obligación de entrega asumida expresamente por el demandante conlleva una obligación implícita del demandado de comprar las mercancías que el demandante se comprometió a entregar”. Además, el Tribunal observó que “la obligación de entregar las mercancías -y no de ponerlas a disposición- impuesta a una parte implica el acuerdo anterior de la otra parte de recibir las mercancías al precio convenido y, por lo tanto, el compromiso de esta última de pagar el precio de las mercancías que se le han de entregar”. El Tribunal de Apelación señaló, posteriormente, que el demandado había recibido la cantidad de 8.495 cárteres al finalizar la relación contractual. El demandado no cumplió su obligación, puesto que se había comprometido a recibir y pagar 20.000 unidades. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 61 de la CIM, el demandante tenía motivos para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, salvo que una modificación sustancial de las condiciones de adquisición del cliente del demandado pudiera considerarse motivo suficiente para justificar una exención en virtud del artículo 79 de la CIM. No obstante, el Tribunal hizo hincapié en que esta modificación, que significaba un costo muy elevado para el demandado si continuaba incorporando componentes fabricados por el demandante, no era ni excepcional ni imprevisible en un contrato cuya duración se había fijado en ocho años. El tribunal observó que “correspondía al demandado, como profesional experimentado en la práctica mercantil internacional, prever garantías de ejecución de las obligaciones del demandante o modalidades de revisión de dichas obligaciones. En caso contrario, le corresponde asumir los riesgos de un incumplimiento”. Por consiguiente, el Tribunal de Apelación concluyó que la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios era, en principio, fundamentada. No obstante, el Tribunal consideró necesario llevar a cabo una evaluación de expertos antes de pronunciarse sobre el monto de la indemnización. En el artículo 77 de la CIM se obliga al demandante a reducir las pérdidas. El Tribunal observó que el perjuicio alegado por el demandante –el lucro cesante y el costo de las materias primas inutilizables– podría no haber sido tan elevado si las existencias se hubieran revendido y si la suma invertida en la ejecución del acuerdo se hubiera podido amortizar de otro modo.

3.2. Conclusiones sobre el estudio jurisprudencial.

Si reflexionamos los casos jurisprudenciales a la luz de la doctrina, debemos decir que, para establecer la responsabilidad y la exoneración de responsabilidad, existen causas del incumplimiento de las prestaciones que son imputables al deudor y causas que no le son imputables. Caso fortuito o fuerza mayor, en términos generales, viene a ser, el impedimento insuperable que surge al cumplir la obligación, debido a un hecho que ha sido extraordinario y ajeno a la voluntad del deudor. Así, si el supuesto de incumplimiento de la obligación se lo realiza en forma consciente y voluntaria (mala fe o dolo) hay intención de causar perjuicio al acreedor; y si la falta de la diligencia necesaria (culpa), es decir, cuando el agente no ha previsto o evitado el daño al acreedor por el incumplimiento y cuya negligencia más o menos grave produce un perjuicio, determinará la responsabilidad o la exoneración de responsabilidad. Existe, por lo tanto, una diferencia conceptual de gran importancia entre las figuras del dolo y la culpa para determinar si existe o no exoneración de responsabilidad.

A la luz de la doctrina y la jurisprudencia analizada, el deudor se libera o exonera de su responsabilidad, cuando se presenta un obstáculo insuperable que le inhabilita parcial o totalmente cumplir con su obligación y que no puede ser vencido pese a recurrir a toda su diligencia desde el inicio de la obligación. Se concluye, entonces que, la responsabilidad por el incumplimiento se basa en la culpa del obligado y de lo previsible del resultado.

Los casos presentados analizan la confusión existente entre el incumplimiento de las obligaciones contractuales con las causales de exoneración de responsabilidad y determinan las circunstancias que fueron la causa del incumplimiento y si pueden aplicarse a la conducta del deudor, circunstancias del incumplimiento la situación personal del obligado. También realizan un análisis de la conducta diligente del deudor que va unida al concepto de previsibilidad. Si el deudor diligente ha conocido previamente las condiciones necesarias para dar cumplimiento a la prestación o si, por el contrario, su comportamiento negligente no prevé dichas condiciones y en consecuencia no cumple la obligación pactada, dando como resultado su responsabilidad por incumplimiento. También se presentan casos en los que se visualiza

la responsabilidad que asume el obligado por el cumplimiento de la prestación cuando se transmite el riesgo.

Las causales de exoneración de responsabilidad son el caso fortuito y fuerza mayor. Hemos visto que el caso fortuito viene a ser un hecho humano, que aun utilizando una conducta diligente, la circunstancia lo hace un evento inevitable e imprevisible, puesto que el sujeto, antes de que se presente el acontecimiento ha actuado con la diligencia debida y lo exime de culpa porque no existe responsabilidad. En el caso fortuito no existe culpa y exonera o libera al deudor al inexistir la relación de causalidad entre los actos u omisiones del deudor y los daños realizados por el acreedor. En la fuerza mayor el evento de la naturaleza aunque pudiera preverse es inevitable e insuperable. La fuerza mayor viene a ser un hecho extraño y ajeno al sujeto que no se puede superar.

Las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas. En la práctica, los fallos jurisprudenciales han determinado que es conveniente incluir en el contrato cláusulas que determinen claramente cuáles son las situaciones de caso fortuito y de fuerza mayor, así como una cláusula que valide los acontecimientos que pueden aparecer y ser previstos por las partes. Se ha visto también que la aplicación de la cláusula de excesiva onerosidad o hardship que, en relación con el principio de la imprevisión y la teoría de la imprevisión, no se da en los contratos de compra venta internacional de mercaderías. Los fallos han determinado que, para que exista exoneración de responsabilidad, las situaciones deben ser excepcionales, supervinientes y no preexistentes. Se entiende que los contratos de compra venta internacional mercaderías deben ser claros respecto de las obligaciones y derechos de las partes y su cumplimiento lo que determina claridad, transparencia y buena fe en la negociación comercial y que, de no cumplirse la prestación por cualquiera de las partes, quien invoca exoneración por razones de caso fortuito o fuerza mayor deberá comprobar su existencia.

La excesiva onerosidad y alteración del equilibrio contractual, por hechos o eventos supervinientes que hacen más difícil, costoso o imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, no constituye situación de caso fortuito o fuerza mayor que determine situaciones de exoneración de responsabilidad y que libere a cualquiera de las partes de su cumplimiento, pero si puede constituir un motivo para establecer o estipular la revisión del contrato con miras a restablecer su equilibrio para lograr

cumplir o procurar cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas consolidando el principio de buena fe que debe regir en la contratación en general.

Conclusiones

A través del presente trabajo de investigación se estudió y analizó, de manera general, el régimen de exoneración de responsabilidad común a los contratos nacionales como internacionales y la forma de razonamiento de dicha exoneración, según lo conceptúan los principios UNIDROIT que justifican axiológicamente la inserción de las normas contenidas en los Convenios Internacionales como lo es el Convenio de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías.

Los Principios UNIDROIT como conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos se adaptan a las necesidades y exigencias que el comercio internacional. Cuando de negocios se trata nos encontramos ante la existencia de partes contratantes o agentes concedores de la actividad.

Varios de los Principios UNIDROIT considerados sustanciales o de fondo, entre ellos, la buena fe, autonomía de la voluntad, casos de exoneración de responsabilidad, el *pacta sunt servanda* (contrato es ley entre las partes) versus el *rebus sic stantibus* (los cambios sustanciales en las condiciones de la contratación, pueden generar la revisión de la misma), son tomados en cuenta al momento de negociar y suscribir contratos internacionales y establecer la responsabilidad o su exoneración en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, como lo determinan varios laudos arbitrales estudiados en el presente trabajo. Los Principios UNIDROIT, por lo tanto, son el eje axiológico en la contratación comercial internacional que deben ser considerados con el fin de determinar los criterios de conducta de los agentes en la contratación nacional e internacional.

Hemos concluido que la responsabilidad subjetiva se basa en la culpa como elemento estructural de la responsabilidad. La actuación de prudencia y diligencia vienen a ser comportamientos esenciales en quienes intervienen en los negocios en general y en los negocios internacionales al momento de contratar y determinan la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, exista exoneración de responsabilidad. De esto, la causalidad moral, cuando las partes tienen libertad plena para negociar los términos de un contrato bajo el principio de autonomía de la voluntad y de la buena fe y lealtad negocial cuenta al igual que la causalidad material. Se ha determinado inclusive a nivel jurisprudencial, que el incumplimiento esencial del contrato, en la compraventa

internacional de mercaderías, si carece del principio de buena fe y lealtad comercial al que hacen referencia los Principios UNIDROIT, constituye criterio fundamental para decidir si existe o no exoneración de responsabilidad.

En la contratación en general, la culpa constituye el elemento capital de la responsabilidad y consiste en todo acto voluntario de negligencia o de imprudencia realizado por un ser dotado de inteligencia y voluntad en el momento de ejecutarlo, es decir, la condición esencial se halla en la actividad del sujeto. Por lo tanto, la *responsabilidad subjetiva* tiene relación con la culpa. Cuando se elimina la idea de culpa de la responsabilidad y se admite que el riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina surge la responsabilidad objetiva.

En el marco de la contratación comercial internacional en general, y de la compra venta internacional de mercaderías en particular, se presenta la tendencia a un proceso de implantación de un sistema de responsabilidad civil con una elevación de los estándares de diligencia, la inversión de la carga de la prueba o por las presunciones en contrario, y por la jurisprudencia, lo que ha llevado a la progresiva eliminación del requisito de la culpabilidad al momento de imputar la responsabilidad. Se presenta así un proceso de evolución que se dirige a la objetivación de la responsabilidad civil subjetiva.

La responsabilidad objetiva se fundamenta en reparación del daño misma que debe ser independientemente de la actuación con culpa o no del agente en el momento de causarlo. Es suficiente que el daño se produzca para que tenga que repararse. Dicha relación de causalidad entre el acto y el daño producido da lugar a que haya obligación de indemnizar eliminando la idea de culpa de la responsabilidad y admitiéndose que todo riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina.

Los principios UNIDROIT encuentran cierto límite con la teoría del riesgo y el criterio de responsabilidad objetiva. Las actividades que se realizan en la contratación comercial internacional, como en la compra venta internacional de mercaderías (y que requieren de la actividad del transporte en sus diversas modalidades) son actividades en las que existen riesgos, que son de antemano conocidos por los agentes que la practican. Es consecuente y lógico que la noción de culpa y responsabilidad subjetiva se oriente a criterios de responsabilidad objetiva, sobre todo en el momento de la entrega y recepción de las mercaderías, porque al producirse una relación de causalidad entre la

actividad del agente y el perjuicio sufrido por el contratante, producirá responsabilidad para quien incumple.

Las principales causales de exoneración de responsabilidad son el caso fortuito y fuerza mayor. El caso fortuito viene a ser un hecho humano, que aun utilizando una conducta diligente del buen padre de familia, la circunstancia lo hace un evento inevitable e imprevisible que lo exime de culpa porque no existe responsabilidad. El deudor ha cumplido con su deber de diligencia para cumplir con la prestación y puede exonerarse porque ha empleado la diligencia necesaria a fin de evitar el incumplimiento de la obligación. En el caso fortuito, el hecho *imprevisible* imposibilita el cumplimiento. La *imprevisibilidad* es el elemento determinante por lo que existe exoneración de responsabilidad cuando quien debió haber cumplido con la prestación actuó con la mayor diligencia y buena fe. Así, quien está obligado a cumplir con una prestación debe prever todas las posibles situaciones que imposibiliten el cumplimiento de la obligación. En la fuerza mayor, el evento de la naturaleza, aunque pudiera preverse, es inevitable e insuperable. La fuerza mayor constituye en el hecho ajeno y extraño al sujeto y que es insuperable.

Los principios UNIDROIT determinan que son causas de exoneración de responsabilidad el caso fortuito y fuerza mayor; por otro lado, la Convención de Viena (1980) sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, regula la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y comprador, el carácter internacional de la Convención, la búsqueda de uniformar su aplicación y la sujeción a la buena fe en el comercio internacional, así como los supuestos en los que las partes pueden excusar el cumplimiento de sus obligaciones (exoneración de responsabilidad) y distingue dos situaciones: los supuestos de fuerza mayor; y las situaciones en las que el incumplimiento de una parte es consecuencia de la conducta de la otra (Art 79); incorpora también el principio general en favor de la exoneración de quien incumple sus obligaciones cuando dicho incumplimiento se debe *a causas trascendentales que no pudo prever ni evitar*, en supuestos de incumplimiento parcial. Dicha exoneración se refiere exclusivamente a un sector de las obligaciones por lo que permanece la obligación de cumplir con las obligaciones restantes. La Convención también prevé aquellas ocasiones en las que la parte no cumple personalmente con sus obligaciones y encarga a un tercero la realización total o parcial

de las mismas, en cuyo caso, puede existir exoneración de responsabilidad (art. 79.2). Sobre el enfoque que se da a la exoneración de responsabilidad, la jurisprudencia ha señalado que de conformidad con la Convención de Viena artículo 79 sobre la situación en que la parte que asume el riesgo en el momento en que sobreviene la fuerza mayor, ésta no queda exonerada de responsabilidad.

En el caso de los supuestos de exoneración de la responsabilidad - fuerza mayor, la Convención determina lo que podría suceder en el caso de que el incumplimiento del contrato pudiera no generar responsabilidad alguna para la parte que lo incumple, bajo determinadas situaciones en las que el comprador o el vendedor no tengan culpa directa. Así, la relación de causalidad cobra gran importancia en casos de fuerza mayor, cuando el incumplimiento de una parte se excusa si prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta o haber evitado o superado sus consecuencias; o cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efectos durante un período de tiempo que sea razonable

Por lo tanto, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, al hablar del caso fortuito y la fuerza mayor como causales de exoneración de responsabilidad en la contratación comercial internacional, se ratifica la regla general de su poder liberatorio o exonerativo que se encuentra consagrado en las disposiciones legales nacionales de los diferentes países y, a nivel internacional, en los principios UNIDROIT y en la Convención de Viena sobre contratos de compra venta.

En cuanto a la necesidad de incluir en los contratos la cláusula de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, la inserción de la cláusula de fuerza mayor es habitual en los contratos nacionales como internacionales y sirve para cubrir posibilidades que se encuentran fuera del control de las partes, tales como desastres naturales, guerras, a fin de responder al principio admitido generalmente en las legislaciones nacionales de que las partes quedan liberadas cuando una prestación deviene en imposible por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, los efectos de este principio varían de legislación a legislación, por lo que las partes prefieren definir ellas mismas en el contrato los casos de fuerza mayor y establecer expresamente las consecuencias a ellas ligadas, en caso de verificarse.

La aplicación de la cláusula de excesiva onerosidad o hardship no se practica en los contratos de compra venta internacional de mercaderías. Los fallos han determinado que, para que exista exoneración de responsabilidad, las situaciones deben ser excepcionales, supervinientes y no preexistentes. Se entiende que los contratos de compra venta internacional mercaderías deben ser claros respecto de las obligaciones y derechos de las partes y su cumplimiento lo que determina claridad, transparencia y buena fe en la negociación comercial y que, de no cumplirse la prestación por cualquiera de las partes, quien invoca exoneración por razones de caso fortuito o fuerza mayor deberá comprobar su existencia toda vez que las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas.

Respecto a la excesiva onerosidad y alteración del equilibrio contractual, por hechos o eventos sobrevinientes que hacen más difícil, costoso o imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la Convención de Viena no hace referencia expresa a situaciones en las que pueda manifestarse alteración del equilibrio contractual, por esta situación en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, lo que sí hacen los principios UNIDROIT. Se podría pensar que dichas circunstancias podrían dar lugar a la liberación de responsabilidad, sin embargo, hay que aclarar que ésta no constituye caso fortuito o fuerza mayor que determine exoneración de responsabilidad y que libere a cualquiera de las partes de su cumplimiento, pero sí puede constituir un motivo para estipular la revisión del contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Los fallos jurisprudenciales permiten visualizar que, con regularidad, quienes han incumplido la prestación a la que estaban obligados en virtud del contrato demandan la exoneración de responsabilidad justificando el incumplimiento de su prestación por supuestas situaciones de caso fortuito o fuerza mayor confundiéndolas con situaciones de excesiva onerosidad o alteración del equilibrio económico del contrato. Los Tribunales arbitrales se han pronunciado indicando que es conveniente incluir sobre todo en los contratos a largo plazo cláusulas claras respecto de la entrega y puesta a disposición de las mercaderías, insertar INCOTERMS cuando de asumir los riesgos se trata; y, para casos de situaciones de incumplimiento de contrato por situaciones de excesiva onerosidad que alteran el equilibrio económico del contrato, aquellas que permitan solicitar la revisión de los términos contractuales para adaptarlos

a la nueva situación del negocio y solamente en casos extremos optar por la terminación del contrato, situación que está predeterminada en los principios UNIDROIT (art 5.1.5; 6.2.2; 7.1.2). Así, la cláusula hardship, cuyo fundamento se encuentra en el principio de la imprevisión como causal de imposibilidad subjetiva de cumplir la prestación o imposibilidad por excesiva onerosidad sobreviviente de la prestación, permitiría realizar modificaciones sustanciales relacionadas con el equilibrio del contrato y traería, como consecuencia, que la parte que considera que tiene dicho desequilibrio pueda solicitar al otro contratante, durante un tiempo razonable (90 días), la revisión equitativa del contrato para lograr cumplir o procurar cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas, consolidando el principio de buena fe que debe regir en la contratación en general.

Concluyendo y en virtud de la reflexión y análisis de los casos jurisprudenciales y de la doctrina, debo decir que, para establecer la responsabilidad y la exoneración de responsabilidad, existen causas del incumplimiento de las prestaciones que son imputables al deudor y causas que no le son imputables. Caso fortuito o fuerza mayor en términos generales, vienen a ser, las casuales de exoneración de responsabilidad puesto que constituyen el impedimento u obstáculo que no puede superarse y que sobreviene para cumplir la obligación, debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor.

Bibliografía

- Publicaciones

Acuña Alvarado, Arnoldo Esteban. *La Teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica* Universidad de Costa Rica. Costa Rica, 2008. <http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la_teor%C3%ADa_de_la_frustraci%C3%B3n_de_l_fin_el_contrato.pdf>. Consulta 04 julio de 2016

Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la compraventa y de la promesa de venta*. Tomo 1. vol. 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.

----- . *De los Contratos*. Bogotá: Edit. Temis, 2011.

“Arbitraje y solución alternativa de controversias, Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales, El caso de Costa Rica”. Centro de Comercio Internacional, Noviembre 2005: <<https://books.google.com.ec/books?id=UfAqAAAAAYAAJ&pg=PA20&lp g=PA20&dq=clausula+de+fuerza+mayor+de+la+cci&source=bl&ots=JupevosK Tw&sig=ZBLT1i7WZiUa1IarfODE-DS40Wo&hl=es-419&sa=X&ved=0CBsQ6AEwAGoVChMIhY-lgpDgyAIVS6weCh13awyV#v=onepage&q=clausula%20de%20fuerza%20may or%20de%20la%20cci&f=false>>. Consulta: 15 de noviembre de 2015.

Alterini, Atilio. *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

----- . *Curso de Obligaciones*. 4a. ed., Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

----- . *Teoría de la Imprevisión y Clausula Hardship*. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../bajar?id> <http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm>. Consulta: 24 de noviembre 2015.

Alterini, Atilio Aníbal, Cabana López. *Temas de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Buenos Aires: Edic. Ciudad Argentina, 1995.

Arechederra, Aranzadi, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*. Madrid: 1978.

Betti, Emilio. “Prolegómenos a una Teoría General de las Obligaciones”, 70 en Lorena Bermeo y otros, *Compra venta internacional de mercaderías*, 33: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2048.pdf>>. Consulta 22 de marzo de 2016.

- Bloch, Roberto D. *El Contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 2012.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las obligaciones*, 12a. edic. México: Porrúa, 1991. 474-75: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/19/jur/jur16.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016.
- Borja Soriano, Manuel. “Teoría General de las Obligaciones”, Tomo 2. México: Porrúa México, 1939. En José de Jesús López Monroy. *La cláusula “rebus sic stantibus” teoría de la imprevisión*. 413:<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf> Consulta: 18 de marzo de 2016:
- Jiménez Bolaños, Jorge “Caso Fortuito y Fuerza mayor diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010, 92. Consulta: 16 de marzo de 2016 <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13509/12778>>
- Brantt, María Graciela. “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*. Valparaíso, Chile: 2do Semestre de 2009) [39 - 102] 40-2: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a01.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016.
- Bustamante Alsina. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Tomo 6. Las Obligaciones. <<http://es.scribd.com/doc/99807920/Teoria-General-de-la-Responsabilidad-Civil-Bustamante-Alsina#scribd>>: Consulta: 1 de noviembre de 2 de noviembre de 2015.
- Cano, María José, Begoña Beviá, José Luis Roca, Ana Salinas. *Contratación Internacional*. Escuela de Organización Industrial. 2010.4-8: En <http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:67180/componente67178.pdf>. > Consulta: 08 de marzo de 2016.
- Canosa Torrado, Fernando. *La Resolución de los Contratos*. 3a. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, Luis Fernández de la Gándara. *Derecho Mercantil Internacional*, 2a. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.
- Casares, Julio. *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*. 2a. edic. Barcelona: Editorial Gustavo Gilim 1988.
- “Caso fortuito”. En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Driskill, 1991.
- “Compra venta”. En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, S.F.

- “Contrato”. En *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
- “Contrato”. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo 2. México: Porrúa - UNAM, 2002.
- Contreras Vacas, Francisco José. *Resolución del contrato por incumplimiento*, 143-5.: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/10.pdf>>. Consulta: 11 de marzo de 2016.
- Córdova, Marcos, *Tratado de la Buena fe en el Derecho*, 1a. ed. Tomo 2. Argentina: Editorial La Ley, 2004.
- Cuatrecasas Gonçalves, Pereira. *El Contrato de Compra Venta Internacional*. 8.: <https://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0/mjx/~edisp/dax2014291092.pdf>. Consulta: 08 de marzo de 2016
- “Culpa concurrente”. En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo 5. Buenos Aires: Editorial Driskill, 1991.
- De la Maza, Lorenzo, La teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 30.
- De Larragañaga, Monjaráz, Pablo, “El concepto de responsabilidad en la Teoría de Derecho contemporánea”. Tesis presentada para la colación del grado de doctor en Derecho realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Manuel Atienza, inédito, 1996.
- De la Vega, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. 4a. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1986. *Derecho Internacional de los negocios, Alcances*. Tomo 2, Adriana Zapata de Arbeláez compiladora. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Diez Picazo, Luis. “La doctrina de los actos propios”. 13. En Arturo Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. 2016: 286.<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt7.pdf>> .Consulta: 16 de marzo de
- Diccionario de la Real Academia Española*. 21a. edic. Madrid: Espasa Calpe Editores, SF.
- Doddi, Cristina. *Cláusulas de Restricción de responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Domínguez Martínez Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato*. México: Porrúa, 2002.
- Lorenzo De la Maza, “La teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 30.

- Espugles Mota Carlos S., Vilar Barona, Martí J. Hernández, *Contratación Internacional*, 2a ed. España.
- Esplugues Mota, Carlos, Daniel Hargain. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Editorial Reus, 2005.
- Fernández Fernández Antonio. *El concepto de responsabilidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 4. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3835/9.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016
- Fernández Martín-Granizo, Mariano. *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*. Pamplona: Aranzadi, 1972.
- «La fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina, DOCUMENTO A/CN.4/315, *Estudio preparado por la Secretaría, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 2, (primera parte) (1978): 75. <http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_315.pdf>. Consulta: 17 de marzo de 2016
- Garrigues Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 5. Bogotá: Ed. Temis, 1987.
- Gastaldi, José María. *Contratos unilaterales y bilaterales*. 6.: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/contratos-unilaterales--bilaterales.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016
- Gherzi, Carlos y otros. *Derecho Privado Económico Contratos y reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 200.
- Gianniti, Francesco. *Justificación, exculpación y exención*. <<http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/55.pdf>>. Consulta 16 marzo de 2016
- Grisales, William Esteban. *Revista Ratio Juris* Vol. 6 N° 12 (enero-junio 2011) Unaula Consulta: 16 de marzo de 2016. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4015413.pdf>>
- Hart, H.L.A. “Varieties of Responsibility”. *Law Quarterly Review*, 1967.
- Hernández, Livia. *Temas de Derecho*. <<https://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/04/la-responsabilidad-civil/>>. Consulta: 20 de octubre de 2015.
- Diccionario de la Real Academia Española*, 21a. ed. Madrid: Espasa Calpe.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Edic. 2. Madrid: Espasa Calpe, 1992.
- Diccionario Jurídico ESPASA*. Madrid: Espasa Siglo XXI, 2007.

- Hinestrosa, Fernando. “Eficacia e Ineficacia del contrato”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*. Valparaíso, Chile (1999), Seminario sobre la Teoría del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 24-26 mayo 1999. <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/433/406>. Consulta 4 julio 2016.
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *El Renacimiento de la cultura Jurídica en Occidente*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2004.
- Jaramillo, Carlos Ignacio El Renacimiento de la cultura Jurídica en Occidente, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2004) 430. En Jorge Oviedo Albán, *La excesiva onerosidad sobreviniente (“Hardship” en los Principios Unidroit*.
- Jiménez Bolaños Jorge. “Caso Fortuito y Fuerza mayor diferencia conceptual”. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123 (69-98) setiembre-diciembre (2010): 92. <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13509/12778>>. Consulta: 16 de marzo de 2016.
- Kant, “La interpretación jurídica en los negocios jurídicos”, 2006, p. 13. En William Esteban Grisales, *Revista Ratio Juris*, vol. 6 No 12 (enero-junio 2011). Unaula 73-85. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4015413.pdf>> Consulta: 16 de marzo de 2016.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo. México: Porrúa, 1991. (orig: Reine Rechtslhre, Viena, 1960)
- Kelsen Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, Edición 2. México D.F.: UNAM, 1958. (orig: General theory of Law and State, Harvard University Press, Harvard).
- Kelsen Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, Edición 2. México D.F.: UNAM, 1958. (orig: General theory of Law and State, Harvard University Press, Harvard).
- López Monroy, José de Jesús. *La cláusula “rebus sic stantibus teoría de la imprevisión*. <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf> .Consulta: 18 de marzo de 2016
- Marzorati. Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2a. edic. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997
- Mazeaud Henri y León, Mazeaud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.
- Medina de Lemus, Manuel. *Contratos de Comercio exterior*, 2a. ed. Dickinson, 2000.

- Messineo, Francesco. *Doctrina general de los contratos*. Tomo 4. Traducción de R.O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, no. 412.
- Messineo, Francesco. *Doctrina general de los contratos*. Tomo 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, no 373
- Momberg Uribe, Rodrigo. “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, pp. 29-64 (2010): <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002>>. Consulta: 18 de marzo de 2016.
- Morineau, Marta. *Comentario sobre el caso fortuito en la jurisprudencia mexicana y romana. Caso fortuito en jurisprudencia*. 190. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/19/jur/jur16.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.
- Núñez, Alcides. “La compra venta en el derecho mercantil”. Tesis previa a la obtención de doctor en jurisprudencia y ciencias sociales. Quito: Universidad Central, 1939.
- Ost, Françoise, Van de Kerchove, Michel. *Teoría Crítica del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Oviedo Albán Jorge, *La excesiva onerosidad sobreviviente (“hardship”) en los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales, Derecho Internacional de los negocios, alcances*. 1a. ed. Tomo 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Pantaleón Prieto, Fernando. *Comentario del Código Civil, Comentario del artículo 1902*, tomo 2, Edición 2. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.
- Patiño, Héctor. “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”, *Revista de Derecho Privado* N. 14, (2008): 206-18. <revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525>. Consulta: 20 de octubre de 2015
- Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México: Editorial Porrúa, 2006.
- Pizarro, Nelson. “Contrato”. En *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo 4. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1967.
- Planiol, Marcelo y Paul Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Francés*. Tomo 1, Las Obligaciones. 1a parte. México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1997.
- Planiol, y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo 4, Traducción de Mario Días Cruz. La Habana: Juan Buto Editores, 1927.

- Planiol Marcelo, Jorge Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo 6. Las Obligaciones, 1a parte. Cárdenas Editor Distribuidor. México: 1997
- Recaséns Siches. Luis. “El contrato: su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar”. En *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México: 1956, 5.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. “El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema”. En *REVISTA e – Mercatoria*. Vol. 6, No. 2 (2007). <<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen6/pdf02/deber.pdf>> . Consulta: 10 de marzo de 2016
- Romero-Pérez, J. E. “Principios generales de UNIDROIT. El caso de Costa Rica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Costa Rica: 2006.
- Ross, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Berkely: University of California Press, 1975.
- Sánchez Lorenzo, Sixto, *Hardship en la Contratación Internacional, Principios Comunes para una unificación desde el derecho comparado*. En <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/14630/1/HARDSHIP%20EN%20LA%20CONTRATACION%20INTERNACIONAL.pdf>>
- , *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*. 11. <<http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip050322-d.asp>>. Consulta: 12 de diciembre de 2015.
- Santillán Vera, José Alfredo. “Causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido”. Monografía final previa a la obtención del título de Especialista Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Nacional de Loja, Universidad Andina Simón Bolívar, Loja-Ecuador, (2011): 12-27. <<http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/6785/1/Santill%C3%A1n%20Vera%20Jos%C3%A9%20Alfredo%20.pdf>>. Consulta: 10 de marzo de 2016
- Sanz Encinar Abraham. *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*. <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho/pdf>> 2. Consulta: 18 de marzo de 2016
- Sierralta Ríos Aníbal, Luis Olavo Baptista. *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, 3a. ed. Editorial Temis. Bogotá: 1998.
- Simone Lasso, Carmen Amalia. “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”, *Foro: Revista de Derecho*. No. 05. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

- Schipani, S. *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codice del sistema romanistico, en Roma e America. Diritto romano comune, N° 8/1999.* Modena: 2000.
- Siqueiros, José Luis. *Ley aplicable en materia de contratación internacional.* Comité Jurídico Interamericano, CJI/SO/IV doc. 6/91. Río de Janeiro: 1991.
- Siqueiros, José Luis. “Los Nuevos principios Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales” Biblioteca Jurídica Virtual, *Revista de Derecho Privado* No. 1. UNAM.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr6.htm>>.
Consulta: 21 de marzo de 2015
- Simental Franco Víctor Amaury. “Contratos, consideraciones en torno a su definición”. En *Revista de Derecho Privado, nueva época*, año 7, no. 21-22, septiembre de 2008-abril de 2009. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 99-123.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf>>
- . *Enfoque actual de la Teoría General del Contrato, elementos esenciales.* En <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/elementos-contrato.htm>>.
Consulta 4 de julio de 2016. 16:48
- Soto, C. A., “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”. En *Cuaderno de Doctrina.* No 11. Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2000.
- Tamayo Lombana, Alberto. *La Responsabilidad Extracontractual y la Contractual.* Bogotá: Edic. Doctrina y Ley, 2005.
- Troya, José Vicente. “El carácter internacional de los contratos” Doc. No. 9 Material de clases de Derecho del Comercio Internacional, Maestría en Derecho Internacional Económico. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, SF.
- Van Houtte, Hans. “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda”. 1. En Carmen Amalia Simone, El hardship en la contratación comercial internacional *FORO Revista de derecho*, No. 5. p 89. Quito: UASB-Ecuador ICEN, (2006): <http://tldb.unikoeln.de/php/pub/show_documento_php?pubdocid=117300>.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil.* Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis, 1957.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil.* Tomo 3. 6a. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1980.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil.* Tomo 4. Bogotá: Editorial Temis, 1961.

Vásquez Barros, Sergio. *Contratos de compraventa y permuta*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Veyta, Hernany. *Los valores que inspiran la contratación comercial internacional*. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/17/dtr/dtr4.pdf>>

- **Normativa**

- Normativa Internacional**

Principios de la UNIDROIT sobre la Contratación Comercial Internacional. En <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

Principios UNIDROIT sobre la Contratación Comercial Internacional. En <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) <https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf>

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>>

Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980)

Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980)

- **Normativa Nacional**

Ecuador *Código Civil*. En <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>>

Francia *Código Civil*. En <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/.../.../Code_41.pdf>

- **Jurisprudencia**

- **Jurisprudencia Internacional**

Caso 104: CCIM 1 1) b); 7 2); 54; 61 1) a); 61 2); 62; 63 1); 64 2); 69; 77; 78; 79; 85 a 88 Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. Laudo arbitral emitido en 1993, caso No. 7197. Extractos publicados en francés *Journal de Droit International*, 1993, 1028. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.htm>. Consulta: 24 de Noviembre de 2015

Caso 142: CIM, 54; 79 1). Federación de Rusia: Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia.

Laudo Arbitral en el caso No. 123/1992, de 17 de octubre de 199. Original en ruso. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html>. Consulta: 26 de noviembre de 2015

Romero Pérez J.E, “Principios Generales de UNIDROIT”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2006, - revistas.ucr.ac.cr.

Romero Pérez, J.E. “Principios generales de UNIDROIT. El caso de Costa Rica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2006) 110. Consulta: 27 de noviembre de 2015

Caso 272: CIM 8 3); 35 1); 45 1) b); 74; 79 1); 79 2).Alemania: OberlandsgerichtZweibrücken; 8 U 46/97. 31 de marzo de 1998. Original en alemán. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>> Consulta: 26 de noviembre de 2015

Caso 271: CIM 7; 77; 79. Alemania: Bundesgerichtshof; VIII ZR 121/98. 24 de marzo de 1999. Original en alemán. Publicado en alemán en [1999] *NeueJuristischeWochenschrift* 2440; [1999] *Der Betrieb* 1442; [1999] *Recht der InternationalenWirtschaft* 617; [1999] *Wertpapier-Mitteilungen* 1466; [1999] *Juristenzeitung* 791; [1999] *MonatsschriftfürDeutschesRecht* 1009; [1999] *Lindenmaier- Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* CISG No. 6 and No. 7; *Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- undBankrecht, IV F Art 79 CISG* 1.99; [1999] *Recht der Landwirtschaft* 250; <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/396.htm> . Traducido al inglés en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html> . Encabezamiento en alemán en [1999] *Eildienst: BundesgerichtlicheEntscheidungen (EBE/BGH), BGH-Ls* 323/99. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>. Consulta: 26 de noviembre de 2015

Caso 277: CIM 7 1); 25; 47 1); 49 1) a); 49 1); 79 1). Alemania: OberlandesgerichtHamburg; 1 U 167/65.28 de febrero de 1997.Original en alemán. Publicado en alemán en [1997] *Oberlandesgerichts-RechtsprechungsreportHamburg* 149;<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/261.htm>.Resumen en alemán, [1997] *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 791.Comentado en alemán por Mankowski, [1997] *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 791. Comentado en ingléspor Koch, [1998] *Pace Review of Convention on Contracts for International Sale of Goods* 236 N° 203; 259 N° 269. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>. Consulta: 27 de noviembre de 2015

Caso 163: 66; 67. Hungría: Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría. Laudo arbitral emitido en el caso N° VB/96074, de 10 de diciembre de 1996. Original en inglés. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990324g1.html>>. Consulta: 29 de noviembre de 2015

Asunto CCI 6281/1989 (Yearbook, 1990, p.83)

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>>. Consulta: 28 de noviembre de 2015

Caso 54: CCIM, artículos 1 1ª); 11 b); 4; 70. Dist GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4. 30 de agosto de 1994. ESPAÑOL.Original:INGLES. Italia: TribunaleCivile di Monza. 14 de enero de 1993. NuovaFucianiS.p.A. con Fondmetal Internacional A.B. Publicado en italiano: Giurisprudenza Italiana 1994, I, 146 e Il Foro Italiano 1994, I, 916. Comentado por Bonell en Giurisprudenza Italiana 1994, I, 145 y Di Paola en Il Foro Italiano 1994, I, 917. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>> Consulta: 29 de noviembre de 2015.

Caso 480: CIM 1 1); 30; 53; 61; 77; 79. Francia: Courd'Appel de Colmar. Romay AG v. SARL Behr France. 12 de junio de 2001. Original en francés. <http://www.witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/120601.htm> (texto en francés). <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/biblio/bibl-rev.html>> Consulta: 30 de noviembre de 2015.

Caso 867: CIM 1, 25, 30, 35 2) a), 38, 39 1), 53, 84.Italia: Tribunale di Forlì Mitias v. Solidea S.r.L. 9 de diciembre de 2008, n.2280.Original en italiano. <www.CISG-online.ch> <<https://documentos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpemElement>> Consulta: 4 de julio de 2016.

Caso 651: CIM 6; 7; 25 Italia, Tribunale di Padova Ostroznik Savo (Vzerja Kuncev) e Eurotrafic s.r.l. vs. La Faraona soc. coop. a r. l. 11 de enero de 2005. Publicado en Alemania: El foro jurídico europeo (Forum Iuris Communis Europae), 3 – 2005, II; <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050111i3.html>> <www.CISG-online.ch> <<https://docuemntos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpemElement>> Consulta: 4 de julio de 2016.

Caso 106: CCIM 1 1) a); 14; 8 2) y 3); 55; 57 1).Austria: Tribunal Supremo; 2 Ob 547/93. 10 de noviembre de 1994. Publicado en alemán: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1995, 79. <<https://documentos-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/839/78/PDF/V0983978.pdf?OpenElement>> Consulta: 4 de julio de 2016.

Otras fuentes electrónicas

“Cláusula rebús sic stantibus”. En <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/rebus-sic-stantibus/rebus-sic-stantibus.htm>>

“Culpa contractual”, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/la-culpa-contractual>>

“*Rebus sic stantibus*”. Consulta: 2 de noviembre de 2015 <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/rebus-sic-stantibus/rebus-sic-stantibus.htm>>

“*Principios de la Responsabilidad Extracontractual*”, 8. Consulta: 8 de marzo de 2016 <<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAF/MAF03/Semana5/381426.pdf>>

“Responsabilidad”. En <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad-extracontractual/responsabilidad-extracontractual.htm>>

“Responsabilidad civil subjetiva”. En <<https://temasdederecho.wordpress.com/tag/responsabilidad-civil-subjetiva/>>