

**LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
INTERNACIONAL SEGÚN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LA
CONVENCIÓN DE VIENA. UNA MIRADA A SU APLICACIÓN DESDE LOS
LAUDOS ARBITRALES EJECUTADOS ENTRE 1995 Y 2005**

VIVIANA PATRICIA TREJOS MAFLA

MARIA ALEJANDRA CALDERÓN BORRERO

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SANTIAGO DE CALI

2011

**LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
INTERNACIONAL SEGÚN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LA
CONVENCIÓN DE VIENA. UNA MIRADA A SU APLICACIÓN DESDE LOS
LAUDOS ARBITRALES EJECUTADOS ENTRE 1995 Y 2005**

VIVIANA PATRICIA TREJOS MAFLA

MARIA ALEJANDRA CALDERÓN BORRERO

Trabajo de grado presentado como requisito

para optar por el título de Abogado

Asesor: Dr. Fernando Gandini Ayerbe

Director de Departamento

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SANTIAGO DE CALI

2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
I Capítulo.TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON FUNDAMENTO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	8
Sección 1.01 EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD.....	9
A. Incumplimiento Esencial	
B. Del incumplimiento Previsible o Anticipado y la Suspensión del cumplimiento	
C. Subsanación del Incumplimiento	
Sección 1.02 ACCIONES Y DERECHOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO (REMEDIOS)	16
A. Acciones Generales a las dos partes	
• Cumplimiento específico	
• Concesión de un plazo suplementario	
• Intereses	
• Conservación de las mercancías	
• Resolución	
B. Acciones y Derechos a favor del Comprador	
• Reducción del precio	
• Especificación de las mercancías	
C. Acciones y Derechos a favor del Vendedor	
• Subsanación de cualquier falta de conformidad.	
Capítulo II.INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS	26
Sección 2.01 DAÑOS	28
Sección 2.02 LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO SE DA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	29
Sección 2.03 ATENUACIÓN DEL DAÑO	30
Sección 2.04 LA EXONERACIÓN.....	30
Sección 2.05 CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN	32

Capítulo III.APLICABILIDAD DE LAS SANCIONES, UNA MIRADA DESDE LAUDOS ARBITRALES	35
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	53

INTRODUCCIÓN

Este proyecto de Grado pretende hacer un paralelo entre la figura de la responsabilidad contractual impuesto por La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, en adelante “la Convención” y los Principios Unidroit. El tema abarca como supuesto común el incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, no obstante en una y otra norma son diferentes los remedios por medio de los cuales se logra la satisfacción de los intereses contractuales ante tal incumplimiento.

Así, en la Convención se establece una responsabilidad objetiva basada en la teoría de las esferas del control, que depende en un primer plano del control que tenga el deudor dentro de su esfera interna, es decir aquello que ha previsto al momento de la celebración del contrato y por tanto responderá absolutamente por todo incumplimiento que se origine dentro de ella; por otra parte cuando el incumplimiento se dé por un impedimento razonablemente previsible, o imprevisible, pero evitable o superable, también responderá el deudor. Teniendo en cuenta que tanto comprador como vendedor pueden ser parte deudora.

Es así como a la luz de los principios y la Convención pretendemos analizar la figura del incumplimiento y las consecuencias que esta figura acarrea para las partes, tanto la deudora como la acreedora, que como dijimos anteriormente puede ser cualquiera de los extremos, uno al no cumplir con la prestación pactada y la otra al no cumplir con sus obligaciones dinerarias.

Uno de los aspectos relevantes ¹ con respecto las características del derecho ante incumplimiento contractual que acredita la Convención, es acerca de la distinción entre la responsabilidad por daños y los restantes remedios por el incumplimiento de que dispone el acreedor.

Lo cual explica, partiendo del concepto tan amplio que recoge la convención sobre el incumplimiento contractual pues este es entendido como sinónimo de cualquier desviación del programa inicial e ideal de prestación convenida por las partes e integrado por la ley uniforme, que produzca la insatisfacción del interés contractual del acreedor. El incumplimiento abraza, entonces, cualquier discordancia entre lo prometido y debido por el deudor y lo verdaderamente ejecutado, o sea, va desde la más absoluta pasividad del deudor (falta de cumplimiento) hasta su actividad defectuosa (cumplimiento imperfecto). De esta forma, el incumplimiento relevante para los efectos que interesan es aquel referido a cualquiera de las obligaciones de las partes, desde la de pagar el precio o entregar las mercaderías, hasta las referidas a la conformidad con la calidad o al transporte de estas últimas.

Por consiguiente, se implanta un sistema de remedios disponibles para el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le incumba al deudor. Ante esta pluralidad de remedios, al acreedor se le confiere la facultad de optar libremente por el ejercicio de aquel que sea más adecuado para la superación de la insatisfacción de su interés contractual a consecuencia del incumplimiento.

Así mientras que la exoneración sólo excluye la atribución de responsabilidad por daños y como el supuesto de aquélla es igualmente el del "incumplimiento contractual" [artículos 45 (1) a); 61(1) a) de la Convención], el acreedor conserva los remedios restantes (derecho

¹ *Álvaro Vidal Olivares. ATRIBUCIÓN Y EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL, Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena. Revista de Derecho Valdivia Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005*

a cumplir con su obligación, o subsanar su incumplimiento, los remedios de cumplimiento específico, en cualquiera de sus modalidades: cumplimiento forzado, sustitución y reparación de las mercaderías defectuosas) en los que aquél también constituye su presupuesto².

La Convención articula los derechos y acciones del acreedor en caso de incumplimiento a través de un sistema unitario cuyo presupuesto de hecho básico y general es el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas por el contrato o la Convención. Los artículos 45 y 61 de la Convención regulan en general los remedios por el incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente. Estas disposiciones enuncian los derechos y acciones [remedios] de que dispone el acreedor agraviado con el incumplimiento de "cualquiera de las obligaciones" que le incumba al deudor conforme al contrato o a la Convención. La regulación particular de cada remedio está contenida: o en las disposiciones pertinentes de aplicación exclusiva al incumplimiento del vendedor [Parte III, Capítulo I, sección III, Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor] o del comprador [Parte III, Capítulo III, sección III, Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador] o en las disposiciones de común aplicación a las obligaciones del vendedor y del comprador [Capítulo V, artículos 71 y ss.].

Siendo así y tal como lo sostiene Vidal Olivares, la única forma por la cual se determinaría la responsabilidad como tal sería a través del mecanismo de indemnización de daños, frente a lo cual surge un interrogante ¿el resarcimiento del incumplimiento del objeto esencial del contrato, a través de los otros medios establecidos por la Convención diferentes a la indemnización generarían responsabilidad?., es que acaso el sentido estricto de la responsabilidad no es el incumplimiento de alguna de las obligaciones creadas por un contrato.

² *Ibidem* 1.

Por otra parte, lo que respecta a la exoneración de la responsabilidad, si bien tanto la Convención como los Principios Unidroit la comprenden es tan solo esta última norma la que prevé la estructuración de cláusulas que la anticipen. Estas son términos que se incluyen en los contratos con el fin de eludir total o parcialmente la responsabilidad de una de las partes derivada del contrato.

En principio estas cláusulas tienen validez general con fundamento en la libertad contractual, permiten de alguna manera tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual. Los beneficios de las cláusulas de exoneración, en muchas ocasiones incluidas en contratos de adhesión, son principalmente la distribución del riesgo y la transacción del contrato.

Nuestro principal objetivo es sostener una tesis en la que se considere que la indemnización de daños o como es denominado en Los Principios Unidroit “*reparación integral*” no es la única forma en la que se determina la responsabilidad y segundo que cada uno de los mecanismos o remedios puede tomar una connotación de carácter sancionatorio o reparativo según sea el caso, pero teniendo en cuenta que tras haberse dado un incumplimiento se ha generado responsabilidad y por tanto existe una parte deudora y otra acreedora.

Siendo así se propone la siguiente estructura:

Para el primer capítulo; la presentación de una teoría acerca del incumplimiento en los contratos comerciales internacionales a partir de la posible unificación de lo preceptuado por las normas en comento. Así mismo, hacer la distinción de los remedios ante éste salvo el de indemnización de daños.

Debido a su relevancia en el capítulo seguido se defenderá la figura llamada en la Convención y en los Principios Unidroit “indemnización de daños” y “reparación integral” respectivamente, pues este mecanismo resulta fundamental para la satisfacción de los

intereses de la parte perjudicada por un incumplimiento y por ser el más controvertido de los remedios, además de las notorias diferencias que presenta en lo recogido en ambas normas. Un aspecto revelador aquí es el de la exoneración y es que frente a ella proponemos una crítica no al reconocimiento legal de la misma, sino frente a la regulación tan primaria de las cláusulas contractuales que anticipadamente las prevén, pues no resultan ser suficientes ante la gran magnitud de dicotomías en potencia, pues por el contrario son ambiguas y hasta generarían incertidumbre al igual que algunas lagunas jurídicas.

Para el capítulo final se mostrara la aplicabilidad práctica en los laudos específicamente los proferidos en el periodo de 1995 a 2005 en los países de la Unión Europea, al igual que su análisis sistemático y estadístico, lo anterior con el fin de analizar cómo se da la aplicación real de los remedios de las dos disposiciones en los tribunales de arbitramento y cuál de los dos resulta más efectivo en materia contractual.

Capítulo I. TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON FUNDAMENTO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Para adentrarse en el estudio en particular de la responsabilidad en los contratos comerciales internacionales en especial los de compraventa de mercaderías, es importante mencionar que las dos normatividades de las cuales se pretender extraer esta consecuencia jurídica, a decir, La Convención y los Principios Unidroit, han trabajado de forma mancomunada por la presentación de un derecho armónico y uniforme, pero sobre todo de carácter internacional.³

Razón por la cual, dichas normas tratan de evitar la aplicación de reglas de interpretación propias de los ordenamientos internos cuando éstos contienen significados contrarios a los establecidos por las mismas. Es tan ardua de coordinación que entre los antecedentes de la Convención se hayan los escritos elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, concretamente su escrito sobre los Principios.⁴

Como se pretende mostrar a lo largo de este Trabajo de Grado, existen ciertas diferencias entre las dos normas, una de ellas la disimilitud con respecto a su fuerza vinculante. Ciertamente la Convención tiene fuerza obligatoria de ley mientras que los Principios Unidroit⁵ fuerza convencional.

³Tanto así que la misma Convención prevé en el Art. 7 numeral 1º lo siguiente: " En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

⁴Jorge Oviedo Albán, "Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales", *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR, La Ley – Sintese Editora, No 5, 2006, Buenos Aires – Argentina, p. 11 a 35.*

⁵Los Principios de UNIDROIT, no podrán considerarse fuente directa ya que deben incorporarse al contrato bien sea mediante el acuerdo entre las partes o por la aplicación de las prácticas establecidas por las mismas con anterioridad a la celebración del contrato, o por la costumbre mercantil; igualmente se desprende del

1.1. EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSAL DE RESPONSABILIDA

Habiéndose dejado por sentado el régimen de responsabilidad incluido tanto en la Convención como en los Principios Unidroit, como consecuencia del incumplimiento y presentarse ésta como un mecanismo de reparto de riesgos, surgen varios interrogantes, a saber, ¿De qué incumplimiento estamos hablando? ¿Se pueden dar un mismo trato a los distintos tipos de incumplimiento?, si es que los hay. Veamos entonces el concepto que recoge ambas normas, en la que a partir de su determinación y limitación logremos establecer una estrecha relación con el "daño" como otro de las causas que generan la figura misma de responsabilidad y finalmente los remedios ante dicho incumplimiento.

En la Convención aparece contemplado en los siguientes artículos, así:

Art. 45.: "*Si el vendedor **no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el comprador podrá...***". (Negrilla fuera del texto).

Art. 61.: "*Si el comprador **no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá...***" (Negrillas fuera del texto).

Permitiéndose en una y otra posición (comprador o vendedor) hacer uso de cualquiera de los remedios establecidos por ella.

Por su parte, los Principios Unidroit definen el incumplimiento, mediante el Art. 7.1.1., el cual reza que: "*El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna*

preámbulo la función integradora que cumplen, a su vez que sean aplicados cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío."

Teniendo en cuenta que los aludidos artículos deducen de sí un concepto bastante amplio de obligación, como todas aquellas prestaciones a las que en virtud del contrato quedan las partes sujetas a su estricto obedecimiento, entonces el tan mencionado concepto de incumplimiento equivaldría al acaecimiento de cualquier manifestación de voluntad que modifique alguna de las prestaciones convenidas, comprendiendo desde la absoluta pasividad del deudor (falta de cumplimiento) hasta su actividad defectuosa (cumplimiento imperfecto)⁶. Es un hecho que no solo lesiona el interés del acreedor sino que también frustra la normal ejecución del contrato.

La conducta reveladora del incumplimiento en estos casos no es valorada, en los términos de culpa o dolo, simplemente se genera la capacidad para exigir el resarcimiento de los daños que con él se causen. No obstante el nacimiento de la obligación de indemnización o solución al mismo, el deudor podrá exonerarse de cumplirla si se demuestra que el motivo de su incumplimiento radica en un impedimento fuera de su órbita de control. Impedimento que como la ha dicho la doctrina⁷ **"no extingue la obligación, solo suspende su exigibilidad; y no afecta el ejercicio de los restantes remedios que presuponen igualmente el incumplimiento, como la resolución, la rebaja del precio, o la sustitución o reparación de las mercaderías."**(Negrillas fuera del texto).

Aunque el incumplimiento del que se habla hace referencia a la realización de un riesgo cuyo control le es asignado por la regla contractual al menos según en la Convención a través de lo establecido por el artículo 79 numeral 1. Al respecto vale la pena mencionar una discrepancia entre las versiones española, francesa e inglesa de la Convención en la que

⁶ Morales, Manuel (1997): *"Responsabilidad contractual en la Convención de Viena, Conferencia ofrecida en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [sin publicar] (Valparaíso).*

⁷Vidal Olivares Álvaro R. *El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, Valparaíso Chile, 2006.*

más allá de su operatividad práctica es al parecer una discusión meramente doctrinal, en la que se infiere que de la versión española y francesa se emplea la frase "impedimento ajeno a la voluntad del deudor", para designar una de las causales de responsabilidad. Mientras otros tendientes a la versión inglesa al considerar que por ser el inglés el idioma en el que se dio la discusión y redacción de la Convención, se deberá entender tal precepto contenido artículo 79 numeral 1 como referida a aquellos riesgos no asumidos por el deudor al tiempo de contratar. Cuestión que será ampliamente tratada en el siguiente capítulo donde se tratará sobre la exoneración de responsabilidad del concreto caso de indemnización de daños y perjuicios como remedio ante el incumplimiento.

Ahora bien, la parte que se hace acreedora por el incumplimiento de una de las prestaciones no podrá ampararse en tal posición, si dicho incumplimiento es la consecuencia de un acto, omisión propia o cualquier acontecimiento por el que haya sido asumido el riesgo. Esto obedece a uno de los principios generales del derecho y recogido en el artículo 7.1.2 de los Principios Unidroit, según el cual *nadie podrá beneficiarse de su propio dolo*.

1.2. INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

El concepto del incumplimiento esencial resulta ser considerablemente relevante en el tema de la responsabilidad en los contratos comerciales internacionales regidos por la Convención y por los Principios Unidroit. Principalmente por que dé el pende la acción resolutoria, pues no basta un mero incumplimiento de obligaciones como los anteriormente explicados sino que debe ser fundamental en la vida del contrato, algo así como lo denomina el Common Law "*Fundamental Breach*".⁸Vale la pena decir que existen autores

⁸En el sistema Británico el concepto de "*Fundamental Breach*" debido a los cambios jurisprudenciales se considera hoy en día como un concepto más flexible, en la medida en ya que no exige la definición de las obligaciones esenciales de las partes en el contrato pero permite a los tribunales introducir nuevos criterios que permitan evidenciar que obligaciones eran esenciales cumplir a través del estudio de los hechos que rodearon la celebración del contrato, si el incumplimiento contractual es deliberado o se da cometido imprudentemente y del ad ex. Natividad Goñi Urriza, Capítulo 6, "El incumplimiento esencial del contrato

que sostienen que éste concepto de origen británico se refiere a una problemática distinta en la que el incumplimiento esencial sirvió de base para declarar nula las cláusulas exoneratorias de responsabilidad⁹.

El artículo 25 de la Convención establece que un incumplimiento es esencial: "*cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en tal situación.*"

Consideramos que en este punto la Convención se queda corta al mencionar en qué casos se considera que existe un incumplimiento, pues el sólo hecho de decir que *lo prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*, deja muchas inquietudes por ejemplo, para un comprador que espera la entrega de las mercancías para final de mes, es probable que no sea esencial que tenga que ser en el lapso de ese tiempo sino que posiblemente pueda extenderlo hasta los primeros días del mes. Es por eso, que se recomienda a los contratantes fijar y prever qué prestaciones serán catalogadas como esenciales en virtud de lo reglamentado por el Art. 6 de la norma en mención y que permite a las partes establecer ciertas condiciones conforme a su autonomía de la voluntad.

En cambio los Principios Unidroit fueron un poco más allá de estipular que el incumplimiento debe privar sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar [...], al momento de considerar cuándo la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial, para lo cual estableció ciertos términos a tener en cuenta y que rezan en el numeral 2 del artículo 7.3.1 así:

en el derecho Inglés", del libro "NUEVA LEX MERCATORIA Y CONTRATOS INTERNACIONALES", Directores: Luis Calvo Caravaca y Jorge Oviedo Albán. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006. (Tomo2).

⁹Andrew BABIAK, "Defining "Fundamental Breach" Under the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods". *Temple International and Comparative Law Journal*, 1992, Vol. 6, No. 1, pp. 113-143.

b. La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

c. El incumplimiento fue intencional o temerario;

d. El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. [...]

1.3. DEL INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE O ANTICIPADO Y LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Se establece que, sí para alguna de las partes es manifiesto y patentemente razonable que la otra parte no cumplirá ciertas obligaciones esenciales antes de la fecha en que se hace exigible la obligación (fecha de cumplimiento), por motivos tales como: un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas, de la insolvencia por la que atraviesa la contraparte, y/o del comportamiento al disponerse a cumplir el contrato, dicha parte tiene ante esto dos opciones: **suspender las prestaciones que le corresponden o resolver el contrato.**

Cuando en efecto se tenga convicción razonable de que habrá incumplimiento esencial de la otra parte se permite bajo los Principios Unidroit reclamar una garantía adecuada del cumplimiento, la cual deberá ser otorgada en un plazo moderado so pena del recibo de la solicitud de resolución del contrato.

Efectivamente en los Principios Unidroit se permite suspender el cumplimiento de su prestación a pesar de que esta tenga que ser simultánea o sucesivamente ejecutada hasta tanto la otra parte no ofrezca su prestación¹⁰ (si es de modo sucesivo debe ser la primera parte en hacerlo quien incumpla para poder suspenderse).

En la compraventa de mercaderías regulada por la Convención, se tienen en la suspensión del cumplimiento de las obligaciones además ciertos supuestos o condiciones, a saber:

¹⁰Artículo 7.1.3 (UP) Principios Unidroit

a) Si el vendedor ya ha expedido las mercaderías antes de que sean patentes las razones de que existirá un incumplimiento de la otra parte, le es permitido que se oponga a la colocación de las mercancías en poder del comprador, aun cuando éste último sea tenedor de un documento que le permita tenerlas.

b) Deber de comunicación de suspensión: La parte que difiera el cumplimiento de sus prestaciones ésta en la obligación de notificarlo a la otra y en caso de que se den las seguridades suficientes y fehacientes de que ésta si cumplirá deberá dar continuidad a la ejecución normal.

Se considera que si bien los Principios no estipulan expresamente el deber de comunicación, en atención al debido proceso en las relaciones comerciales contractuales y el de buena fe de igual forma se deberá notificar de la suspensión del cumplimiento cuando la norma de aplicación sean tales Principios.

1.4 SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

A diferencia de la medida mencionada en el título precedente, la subsanación del incumplimiento se torna a favor de la parte incumplidora permitiéndole enmendar a su cargo cualquier incumplimiento. En ambos reglamentos se contempla la subsanación, solo que en la Convención singularmente se aplica para el incumplimiento por parte del vendedor sin gestar la posibilidad de subsanación por parte del comprador.

Requisitos para la subsanación del incumplimiento:

- Notificación sin demora injustificada a la parte perjudicada sobre la forma y tiempo en que se surtirá o se propondrá la subsanación. Teniendo en cuenta que la comunicación tendrá efecto sí y sólo sí es recibida por esta parte.
- La subsanación debe ser apropiada a las circunstancias.
- La parte perjudicada debe carecer de interés legítimo para rechazarla. Pero este requisito es al parecer exclusivamente previsto en los Principios Unidroit y no en la

Convención de Viena, ya que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 48 de los UP se faculta al comprador para aceptar o no el cumplimiento propuesto por el vendedor; pero si el comprador no atiende a la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir con sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. Sin embargo el precepto establecido por literal C del artículo 7.1.4 de los UP insiste en que la parte perjudicada no tenga opción para no aceptar la subsanación propuesta por la parte incumplidora.

- La subsanación debe llevarse a cabo sin demora desmesurada que pueda causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador.

Otros son los efectos de la solicitud de subsanación del incumplimiento, entre los cuales encontramos:

- Hasta el vencimiento para subsanar, la parte perjudicada o comprador tendrá suspendidos los derechos o acciones que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora y se entiende que este plazo empieza desde la notificación efectiva de la subsanación. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 27 de la Convención.¹¹

Se da la facultad anteriormente explicada para la parte que sí estuvo presta a cumplir de conformidad con las condiciones del contrato, en la medida en que puede suspender el cumplimiento de sus prestaciones mientras se encuentre pendiente la subsanación.

- La parte perjudicada conserva el derecho a reclamar la indemnización por el retraso y por cualquier daño o perjuicio causado o que no pudo ser evitado con la subsanación. Pero debe valorarse en cada caso particular si las circunstancias por las cuales se realizó la

¹¹ Artículo 27 CVCIM: "Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino ni privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación".

petición de subsanación son o no procedentes del efecto exoneratorio del que habla Vidal Olivares, para quién en la Convención de Viena "el deudor esta exonerado por el artículo 79 numeral 1, queda librado de la indemnización de daños."¹²

Al contrario en los Principios Unidroit se establece que la notificación acerca de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento. Artículo 7.1.4 numeral 2 de los Principios Unidroit.

2. ACCIONES Y DERECHOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO (REMEDIOS)

Aspectos generales

Tal como se mencionó en la introducción de este trabajo, tanto en la Convención como en los Principios Unidroit aparentemente se instala una diferenciación del tipo de responsabilidad contractual. Por una parte se instala la responsabilidad por daños en un sentido estricto que tiene su efecto resarcitorio en la indemnización por daños y perjuicios de la que trata el Art. 74 de La Convención, igual a su equivalente, la llamada *reparación integral* contenida en el Art .7.4.2 de los Principios Unidroit. Entre tanto, se da una responsabilidad en sentido amplio, y que abarca como consecuencia jurídica los demás remedios que dispone el acreedor ante el evento del incumplimiento.

¿Qué se entiende por remedios a la luz de los contratos comerciales internacionales? Estos son la ejecución del derecho al resarcimiento otorgado a la parte perjudicada. Si bien actúan como mecanismos de protección a los intereses del acreedor en mayor medida para compensar o resarcir, se dan también para evitar el fracaso del adecuado cumplimiento de las prestaciones. Bajo este entendido se puede sostener entonces, que tanto los derechos como las acciones ante el incumplimiento pueden tener bien sea un carácter **sancionatorio, reparatorio o ambos.**

¹² Ibídem 1.

Esta distinción es la que mayor interés cobra para nuestro proyecto de grado. De todas formas no se debe dejar a un lado otras disimilitudes entre los amparados derechos y acciones. Entre los cuales hayamos en términos generales, el campo de acción en el que se rigen. Sin duda desde la perspectiva del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales nacen la variedad de remedios (derecho a reclamar el cumplimiento, reparación y reemplazo de la prestación defectuosa, resolución, intereses concesión de un plazo suplementario, etc.) aunque siempre apartándola de manera expresa de la indemnización de daños que pese a ser compatible con el ejercicio de cualquiera de ellos, atañe el efecto exoneratorio únicamente para ella.¹³

De manera que el acaecimiento de la excusa ante el incumplimiento (Fuerza mayor o Exoneración) no implica la extinción de las obligaciones sino que en cambio permite la subsistencia de otros remedios.

Mientras la Convención guarda silencio sobre el tema, los Principios Unidroit¹⁴ prevé la posibilidad de cambio de remedio en dos circunstancias:

Una es cuando la parte perjudicada ha reclamado el cumplimiento forzoso de la obligación no dineraria y no ha obtenido recompensación dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable .Y la otra cuando por mandato judicial no es factible la orden de cumplimiento de una obligación no dineraria.

1.5 ACCIONES GENERALES A LAS DOS PARTES

¹³Artículo 7.1.7 (4) de los Principios Unidroit.: "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". Artículo 45 (2) "El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho". Artículo 61 (2) "El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y los perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho". Artículo 79 (5) CVCIM "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".

¹⁴Artículo 7.2.5 UP

1.5.1 CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

El cumplimiento específico, es el derecho que tiene la parte que ha cumplido, frente a la parte que no ha cumplido con sus obligaciones contractuales para exigir exactamente lo que se pactó en el contrato.

En la convención de Viena está listado en primer lugar, en el artículo 46 de la Convención “el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones “y el artículo 62 de la misma norma “el vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban”

Dicho cumplimiento a la luz de estos artículos, consiste pues en que para que se efectúe el cumplimiento exacto se puede exigir por parte del comprador la entrega de las mercancías, la entrega de las mercancías sustitutivas o reparación de mercancías defectuosas. Por su parte el vendedor tiene derecho a exigir el cumplimiento el pago del precio, la recepción de las mercancías o el cumplimiento de otras obligaciones.

No obstante, el ejercicio de esta acción, aparece limitado; en primer en caso de haber solicitado la resolución del contrato o reducción del precio, será imposible exigir el cumplimiento exacto de la obligación, ya que estas acciones hacen imposible que las condiciones pactadas en principio se puedan mantener.

En segundo lugar el comprador en caso de que se presente un incumplimiento esencial podrá pedir al vendedor que le entregue mercancías en sustitución de las que se recibieron, esta solicitud debe hacerse al vendedor informándole de la falta de conformidad con las mercancías, dentro de un plazo razonable desde el momento en que se produjo la entrega, en el mismo sentido se podrá pedir la reparación de los defectos que presenten las mercancías, siendo así facultativo del comprador exigir cualquiera de las dos, en el caso de que la reparación sea razonablemente posible.

De esta manera el comprador y el vendedor pueden solicitar el cumplimiento específico, siendo el único problema la negativa de una de las partes, en cuyo caso se debe acudir a los tribunales, donde según el artículo 28 de la Convención, el tribunal no está obligado a ordenar el cumplimiento específico, a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la Convención.¹⁵

En el artículo 7.2.3 de los Principios UNIDROIT, se habla de la reparación y el remplazo de la prestación defectuosa, es decir, se contemplan circunstancias similares a las de la convención, que en definitiva conllevan a que el cumplimiento específico sea posible, en otras palabras las acciones mencionadas de reparación de las mercancías y de sustitución de las mismas, son herramientas para que se cumpla con lo pactado.

1.5.2 CONCESIÓN DE UN PLAZO SUPLEMENTARIO

La concesión de un plazo suplementario, es un remedio preventivo que se propone tanto en la convención (Arts. 47 y 63) como en los principios de Unidroit (artículo 7.1.5), que permite tanto al comprador como al vendedor, una vez incumplida la ejecución de la obligación en el plazo establecido, fijar un periodo expresamente determinado por las partes para que dicha obligación sea cumplida.

En las disposiciones anteriormente mencionadas, se establece que para resolver el contrato, el incumplimiento que se presenta debe ser esencial, en cuyo caso si el contrato no se cumple en el plazo inicialmente establecido sería difícil comprobar ante los tribunales que el incumplimiento es verdaderamente esencial, pero de lo contrario si a la finalización del plazo suplementario, la obligación no se cumpliera, se facultaría plenamente a la parte que si cumplió para resolver plenamente el contrato.

¹⁵ Los casos que conocemos en los cuales se ha exigido el cumplimiento específico: ICC 7197/1992 (PACE) (UNILEX) (requiriendo el vendedor la apertura del crédito documentario y la recepción de las mercancías) han concedido el cumplimiento específico más la indemnización por los daños y perjuicios; COMPROMEX, Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México, 4 mayo 1993 (PACE) (UNILEX), también exigiendo al comprador el pago del precio.

Claro está que esto sólo se puede incoar al finalizar el plazo, ya que de lo contrario se estaría actuando de mala fe, sin contar que está expresamente prohibido tanto en la convención como en los principios.

1.5.3 INTERESES

Los intereses son aquellas sumas que se deben pagar como forma de compensación, en el caso de que una de las partes no pague el precio o cualquier otra suma de dinero. Se estipula este derecho para el comprador y para el vendedor, tanto en la Convención en el artículo 78 como en los Principios Unidroit en los artículos 7.4.9 y 7.4.10.

El artículo 78 de la Convención hace referencia a los intereses que una parte debe a otra en el caso en el que no pague el precio o cualquier otra suma de dinero, siendo necesaria la interpretación del mismo artículo, respecto de los intereses que se deben cuando no se estipulan ni regulan en el contrato.

Esta disposición, ha debido ser interpretada con la ayuda de los principios Unidroit, ya que estos últimos, prevén en su texto, los intereses que se deben y la moneda en que deben pagarse, atomizando así las dudas que surgen frente al silencio de la Convención¹⁶

Adicionalmente, surgen algunos vacíos suscitados por el artículo 78 de la Convención, y entre algunos laudos estudiados¹⁷, se encontró que el más común de ellos es si a falta de

¹⁶ artículo 7.4.9 principios UNIDROIT,

“El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.”

¹⁷ Cour d’Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 29 marzo 1995 y 26 abril 1995.

pronunciamiento sobre el tipo de interés que debe establecerse, deben aplicarse las normas internas del país o los principios generales del derecho, resultando otra disyuntiva, ya que de ser aplicables las normas de derecho interno de cada país; ¿cuál debe ser el país u ordenamiento predominante?

Diferentes posiciones toman países como Alemania y Bélgica en sus tribunales, ya que para estos el interés debe ser fijado aplicando directamente la legislación nacional, mientras que para países como Argentina¹⁸, es claro que el artículo 9.2 de la Convención, establece jerarquías que obligan a hacer uso de los principios utilizados en el comercio internacional para establecer el tipo y monto que deben ser pagados.

Otro asunto no regulado por la convención en materia de intereses, es el momento en el cual comienzan a causarse los mismos, frente a lo cual los principios Unidroit estipulan que “el derecho al cobro de los intereses se computa desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago”. Debe tenerse en cuenta que en el caso en el que el vendedor o comprador sea obligado a restituir las mercancías o devolver el pago, debe hacerlo junto con el monto de los intereses que se causen.

1.5.4 CONSERVACIÓN DE LAS MERCANCÍAS

Es aquella acción que obliga a las partes a conservar y las faculta para retener las mercancías; por una parte se refiere al derecho que tiene el vendedor a retener las mercancías cuando el comprador no paga el precio o se demora en recibirlas por falta de espacio en sus bodegas o cualquier otra circunstancia, y al mismo tiempo de conservarlas en buen estado. Este derecho acarrea para el comprador la obligación de reembolsar los gastos que el vendedor haya realizado (razonablemente) con el fin de efectuar la conservación.

¹⁸ LG Hamburg, 26 septiembre 1990 (Alemania).

El artículo 86 de la Convención se refiere a los derechos y obligaciones respecto del comprador; cuando a pesar de haber recibido las mercancías, no se está conforme con ellas y se planea rechazarlas, es deber del comprador conservarlas en el estado en que se recibieron y así mismo las podrá retener. Todo esto también se aplica, aun cuando no se han entregado directamente al comprador, pero se han puesto a su disposición por ejemplo en puerto, es deber de él tomar posesión y conservarlas en idénticas condiciones, a excepción de cuando el vendedor cuenta con un representante suyo en dicho lugar (artículo 86.2 de la convención de Viena). El tema no se menciona de manera expresa en Los Principios Unidroit.

1.5.5 RESOLUCIÓN

La resolución no es considerada una acción judicial sino un derecho¹⁹, a menos que una de las partes se oponga a la misma, busca en mayor medida la preservación del contrato y así evitar la terminación del mismo por incumplimientos mínimos.

Dos son los requisitos que deben cumplirse para que pueda operar la resolución:

Que la causa directa sea el incumplimiento esencial. Frente a este punto ya nos ocupamos en el primer capítulo.

Se debe surtir la notificación de resolución. Debe ser no solamente enviada dentro de un plazo razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa, sino que también para que surta efectos deberá ser recibida formalmente²⁰. Es aconsejable que en el contenido de la notificación se exponga además de su clara intención de resolver el contrato la forma en que como ésta se hará ya sea total o parcial, así como las posibles razones por las cuales se realiza preferiblemente anunciando cada detalle. De no

¹⁹María del Pilar Perales Viscasillas. 2001. "El contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)", Director: Alejandro M. Garro. <http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/perales1.html>

²⁰ Artículo 7.3.1 Principios Unidroit

darse por sentadas estas bases para la práctica de la notificación podrá perderse el derecho a resolver el contrato.

La resolución del contrato se podrá dar tras la fecha o el período fijado para el cumplimiento del contrato²¹. Sin embargo es de tener en cuenta tal como se mencionó anteriormente, la Convención y los Principios Unidroit facultan en el caso de ser patente la aparición del incumplimiento esencial a la parte probablemente perjudicada para resolver el contrato.

La resolución acarrea en pocas palabras la restitución y la liberación de las partes de las obligaciones contraídas, tal como si el contrato no se hubiere celebrado. Siendo así este derecho es significativamente sancionatorio y no reparatorio.

1.6 ACCIONES Y DERECHOS A FAVOR DEL COMPRADOR

1.6.1 REDUCCION DEL PRECIO (COMPRADOR)

Esta acción se ejercita por parte de los compradores en los casos de falta de conformidad de las mercancías (artículo 50 de la Convención), haya o no pagado el precio, se exceptúa la reclamación de la reducción del precio cuando se hayan entregado mercancías anticipadamente y la falta de conformidad haya sido subsanada (esto es, defectos de cantidad, calidad, tipo, envasado o embalaje, art.35.1 de la Convención) así como en los casos de inconformidad jurídica, es decir que no está libre de posesiones o derechos que terceros puedan tener sobre dichas mercaderías.

Una ventaja que presenta este tipo de acción, es la de no exigir la notificación de declaración de reducción del precio, pues el vendedor se da cuenta de ello en el mismo instante en el que recibe en pago ya reducido. Al respecto, los Principios Unidroit guardan silencio.

²¹ *Ibidem* 19.

1.6.2 ESPECIFICACIÓN DE LAS MERCANCÍAS

Esta disposición faculta al comprador para que proceda a especificar la forma, las dimensiones y demás características de las mercancías, cuando el comprador incumple esta obligación, durante el plazo fijado o en un plazo razonablemente establecido por las partes después de haber sido requerido por el vendedor y el comprador guarde silencio (artículo 65. Numeral 1 de la Convención)

Después de haber sido realizada la especificación de las mercancías por parte del vendedor, este debe informarle al comprador y fijar un plazo razonable para que corrija o complemente las especificaciones. Si el comprador no realiza ninguna complementación o corrección, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante, al respecto, los principios Unidroit, no hacen una mención específica, que permita dirimir un determinado conflicto.

1.7 ACCIONES Y DERECHOS A FAVOR DEL VENDEDOR

1.7.1 SUBSANACION DE CUALQUIER FALTA DE CONFORMIDAD

Esta subsanación vista anteriormente, se encuentra en los artículos 48 de la Convención y 7.1.4 Principios Unidroit se refiere a la posibilidad que tiene el vendedor de subsanar en cualquier momento las faltas de conformidad que se presenten. Posibilidad condicionada al momento de la entrega así:

Si se da en la entrega anticipada (art.37 de la Convención) el vendedor tiene plena facultad de subsanar las faltas, siempre y cuando esta no ocasione inconvenientes al comprador, ya que es facultad de este último aceptar.

Si la subsanación es posterior a la entrega, el vendedor podrá hacerlo siempre y cuando el comprador lo autorice, cabe anotar que el derecho del vendedor de resolver el contrato (si

se trata de un incumplimiento fundamental) prevalece sobre el del comprador de subsanar las faltas, que en caso de ser aceptado no debe conllevar una demora excesiva.

En todo caso, si se desea ejercitar esta acción el vendedor deberá solicitar al comprador permiso para subsanar la falta de conformidad de las mercancías, estableciendo un plazo razonable para ello, en cualquier eventualidad el comprador podrá o no aceptar dicha petición, pero si no dice nada, se entenderá que acepta.

Capítulo II. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios como se ha argumentado a lo largo del texto, se basa en el régimen de la responsabilidad objetiva de acuerdo a lo estipulado por la Convención, de la misma manera en que se impone el deber de reparación integral causado por cualquier incumplimiento a las obligaciones contractuales dada en los Principios Unidroit.

El artículo 79 de la Convención de Viena como regla de atribución y de exoneración de responsabilidad; equivaliendo esta responsabilidad de daños como se denomina a la indemnización de daños y perjuicios²². Y es que si bien el artículo 79 contiene por así decirlo la regla de exoneración puede reformularse primero como de atribución de responsabilidad y residualmente como de exoneración.

"La regla general es que el deudor asume el riesgo y responde por todo incumplimiento que tiene su origen en su esfera de control. Pero la responsabilidad no se agota allí, se extiende más allá de la esfera de control del deudor. Concretamente se encierran dos supuestos:

a) incumplimiento debido a un impedimento fuera de la esfera de control del deudor que era, razonablemente, previsible en el momento de la celebración del contrato [cabía razonablemente esperar que se tuviese en cuenta en ese momento],

b) Que el incumplimiento se deba a un impedimento fuera de dicha esfera, imprevisible al momento del contrato, pero que cabía razonablemente esperar, o que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias. En estos supuestos el deudor responde más allá de su esfera de control."

Según lo anterior el citado profesor recoge en una teoría las reglas de atribución de responsabilidad así:

²² Álvaro Vidal Olivares

- I. Regla de la esfera de control
- II. Regla de la Razonable previsibilidad del impedimento.
- III. Regla de la Razonable evitabilidad e insuperabilidad del impedimento y sus consecuencias.

La Convención específicamente trata la indemnización de daños y perjuicios en el Artículo 74, preceptuando lo siguiente:

"La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia del incumplimiento del contrato."

Siendo el ámbito de aplicación de la norma en mención, los daños ocasionados por cualquier tipo de incumplimiento o aquellos generados por haberse declarado resuelto el contrato, la indemnización que se obtiene de acuerdo con los artículos 75 y 76 de la Convención resulta ser insuficiente para reparar a la parte perjudicada, cuando se busca la indemnización de daños adicionales.

La finalidad de esta acción es la de proteger y colocar a la parte que sí cumplió en la misma posición que tendría de haberse cumplido el contrato.

Los presupuestos por los cuales se otorga la indemnización de daños y perjuicios se podría decir que deben darse así:

- ✓ La falta de cumplimiento de una de las partes. (De acuerdo a la teoría del control de las esferas de las que habla Vidal Olivares).
- ✓ El daño causado a la contraparte.

- ✓ Un nexo causal entre la conducta de incumplimiento y el daño.

Habiéndose dejado por sentado el primer punto, se pasa a revisar el segundo y último punto.

2.1 DAÑOS

En los Principios Unidroit el daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada alguna de las partes o ambas, teniendo en cuenta cualquier ganancia que aquellas hayan obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. Así mismo se establece en la Convención.

Estos daños vislumbran entonces la pérdida efectivamente sufrida o el *daño emergente*; al igual que la ganancia dejada de percibir a causa del incumplimiento, es decir el *lucro cesante*. Pero además se contempla que dicho daño no necesariamente debe ser pecuniario sino también el ocasionado por sufrimiento físico y la angustia emocional.²³ Es interesante otro tipo de daños que instituyen los Principios Unidroit y es el ligado al de una expectativa en proporción a la probabilidad que acontezca²⁴.

Pues bien, estos daños deben ser computados. Tanto en la Convención como en los Principios los daños se computan de acuerdo con un test de previsibilidad²⁵. En la medida en que la indemnización no podrá exceder de lo que hubiera previsto o debiera haber previsto la parte incumplidora al momento de la celebración del contrato.²⁶

Consecuentemente con lo anterior, le corresponde a la parte que reclama el resarcimiento probar la ocurrencia de los daños, el nexo causal y el valor en que éstos pueden ser determinados. Pese a que esto sería lo más viable y razonable, una parte de la doctrina entre

²³ Artículo 7.4.2. PU.

²⁴ Artículo 7.4.3 numeral 2

²⁵ *Ibidem* 13

²⁶ Artículo 7.4.4 PU

quienes se destaca KNAPP²⁷ al considerar que la que reclama los daños ha de probar que la parte incumplidora estaba en una posición objetiva para prever los daños.

Adicionalmente a la previsibilidad, los Principios Unidroit exigen un grado de certeza razonable para establecer la compensación del daño. Aunque si no es posible determinar por alguna de las partes con suficiente certeza la cuantía o proporción del daño, queda a discreción del tribunal fijar el monto de la compensación.

2.2 LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO SE DA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Estos son los casos contemplados en los artículos 75 y 76 de la Convención y los artículos 7.4.5 y 7.4.6 de los Principios Unidroit.

La indemnización que se deriva a razón de la resolución del contrato puede darse en dos casos:

Cuando se da una operación de reemplazo dentro de un plazo y modo razonable después de la resolución. En tal caso la indemnización será la diferencia entre el precio del contrato y el precio del reemplazo así como cualquier daño adicional.

Y cuando si se da la resolución en la que no se efectúa una operación de reemplazo pero sí existe un precio corriente. Los principios Unidroit definen precio corriente como "*el precio generalmente cobrado por mercancías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido*". Aquí la indemnización será igual a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato además por cualquier daño adicional. No habiendo precio corriente en ese lugar la norma permite el de un lugar que parezca tomar como referencia.

²⁷ Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Guiffre: Milan (1987) 843-873. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A.

2.3 ATENUACIÓN DEL DAÑO

La parte que invoca el incumplimiento del contrato debe adoptar las medidas necesarias de acuerdo a las circunstancias para reducir el daño, al menos el del lucro cesante. Se dice que al menos porque existen muchas posibilidades para que el daño emergente también pueda ser mitigado.

Para la parte que ha adoptado tales medidas le asiste el derecho a recuperar cualquier gasto en el que hubiere incurrido tratando de reducir las pérdidas. Sin embargo a la parte incumplidora no le es exigible la indemnización sino hasta la cuantía de la pérdida que mitigó o que debió reducirse por la conducta diligente de la parte perjudicada.

2.4 LA EXONERACIÓN

La exoneración es otro de los límites que tiene la acción de indemnización, contemplado en el artículo 79 de la Convención y 7.1 de los principios Unidroit, este último, según el cual “ la parte que ha incumplido cualquiera de sus obligaciones queda exonerada de responsabilidad por daños y perjuicios si prueba que esa falta 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” .

Esta figura busca liberar de responsabilidad a la parte que por motivos de fuerza mayor, no previsible y ajenos a su voluntad, incumple con la prestación debida. Cabe anotar que en el caso del incumplimiento ocasionado por fuerza mayor, dicha fuerza haya podido ser previsible no operaría la exoneración, debido a que bajo estas circunstancias se habría podido evitar la situación, lo que ocurriría si por ejemplo se produce un incendio en las bodegas del proveedor por falta de medidas de seguridad aunque el incendio no es previsible, las causas por las que ocurrió si eran imputables a su voluntad.

El artículo 79 de la convención de Viena analiza la responsabilidad en estos casos enfrentando el principio de *pacta sunt servanda* con la imprevisibilidad presentándose cierta prioridad a esta última, pues aunque en un contrato se haya pactado el cumplimiento de una prestación determinada pueden ocurrir sucesos que al ser tanto inesperados como ajenos a la voluntad e insuperables hacen imposible la ejecución de la misma.

Como requisitos para que se configure debe existir un nexo causal entre la falta de cumplimiento y el impedimento siendo imprescindible para determinar que las causas fueron ajenas a su voluntad, así, dado el caso en el que el proveedor de una empresa no entregó las mercancías porque había un derrumbe en la vía e hizo imposible el paso por la carretera. La parte que no puede cumplir debe informar del impedimento que se le presenta a la parte afectada y sus efectos sobre su incapacidad para cumplirlas.

El obstáculo que se presenta a alguna de las partes indudablemente afectará el cumplimiento de las prestaciones debidas, por ejemplo, al vendedor le puede suponer un retraso en la entrega de las mercancías o al comprador un retraso en el pago del precio.

Por su parte, la exoneración trae consigo efectos tales como: **La exoneración de la responsabilidad mientras el impedimento subsista**, es decir que la relación contractual no se termina, ya que una vez superado el impedimento, la parte que ha incumplido deberá tomar las medidas necesarias para cumplir con la prestación debida.

La exoneración solo se da respecto de los daños y perjuicios más no de las demás acciones, (reducción del precio, intereses o cumplimiento específico, por ejemplo), debiéndose cumplir con los requisitos necesarios para demandar. Sin embargo sí el incumplimiento fuere esencial podría resolverse el contrato.

2.5 CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN

Las Cláusulas de Exoneración son términos o pactos que se incluyen en los contratos, de manera previa al incumplimiento o a la ocurrencia de un hecho ilícito con el fin de eludir total o parcialmente la responsabilidad de una de las partes derivada del contrato²⁸.

Estas cláusulas pueden tomar diversas formas en los contratos, es decir; estableciendo un monto fijo que limita el resarcimiento, o un porcentaje del cumplimiento en cuestión, o imponiendo la retención de un depósito²⁹, o aquella que se introduce en el contrato como herramienta que permite a una parte alterar unilateralmente el carácter de la prestación inicialmente pactada, que en cierta medida altera la esencia del contrato, sin ser estas últimas las que se limitan a determinar las obligaciones de las partes.

Si las partes contractuales tienen el mismo poder de negociación, las cláusulas que se incluyan en el contrato serán equitativas y tenderán a mantener el equilibrio dado el caso en que se presente algún inconveniente en el cumplimiento, es por esto que las cláusulas de exoneración tienen la ventaja de distribuir el riesgo de la transacción entre las partes del contrato³⁰, de esta manera se busca evitar que las dos partes suscriban un contrato de seguro para cubrir el mismo riesgo.³¹

Otro contrato en las que se incluyen son en los de adhesión, son estos en donde más se pueden encontrar, debido a que generalmente las cláusulas que se incluyen no han sido negociadas previamente entre las partes, sino que representan diferentes intereses comerciales que buscan atomizar los riesgos para la parte dominante en caso de

²⁸ Vid. A. GUEST, Chitty on...pag 635

²⁹ International Institute for the Unification of Private Law – Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994 – ISBN: 88-86449-00-3

³⁰ Vid. A. GUEST, Chitty on...pag 635

³¹ Alban, A. L.-J. (2006). *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.

incumplimiento, lo que presupone desde el principio que las partes se encuentran en un estado de desigualdad y que la negociación será mínima.

Según el artículo 7.1.6 de los Principios Unidroit las cláusulas de exoneración no pueden ser invocadas cuando resulte notablemente indebido o injusto, es decir cuando el desequilibrio en las partes sea evidente y las prestaciones debidas sean manifiestamente desiguales, por ejemplo cuando el incumplimiento sea consecuencia de la culpa grave, o cuando la parte perjudicada no haya podido evitar, mediante la contratación de un seguro, las consecuencias de la limitación o exoneración de responsabilidad.³² A continuación se presenta un ejemplo de ello.

“A”, un contador, contrae la obligación de confeccionar la contabilidad de “B”. El contrato incluye una cláusula que exonera a “A” de toda responsabilidad derivada de cualquier inexactitud. Como consecuencia de un error grave de “A”, “B” paga un 100% más de los impuestos debidos. “A” no puede hacer valer esta cláusula de exoneración notablemente injusta.³³

“A” titular de un almacén de depósito, celebra un contrato con “B” para que éste le vigile sus instalaciones. El contrato incluye una cláusula que limita la responsabilidad de “B”. Un robo es perpetrado y la pérdida sufrida por “A” excede el tope de la responsabilidad pactada. A pesar de que la cláusula fue convenida entre dos profesionales, “B” no puede hacer valer la limitación si el robo fue cometido por su posible negligencia durante el desarrollo de sus funciones.³⁴

³² , International Institute for the Unification of Private Law – Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994 – ISBN: 88-86449-00-3

³³ International Institute for the Unification of Private Law – Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994 – ISBN: 88-86449-00-3

³⁴ International Institute for the Unification of Private Law – Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994 – ISBN: 88-86449-00-3

Es así como las cláusulas de exoneración, pueden ser utilizadas a conveniencia de las partes, es decir, el objetivo de las mismas, es en principio distribuir el riesgo entre las partes, para atomizarlo y preverlo efectivamente, lo que para ambas resultaría benéfico, sin embargo cuando hay una desigualdad entre el poder negociador de las partes, estas cláusulas pueden constituirse en abusivas haciendo gravosa la situación de la que no tiene el mismo poder.

Capítulo III. APLICABILIDAD DE LAS SANCIONES, UNA MIRADA DESDE LAUDOS ARBITRALES

Después de estudiar de manera teórica los diferentes derechos y acciones ante un posible incumplimiento durante la relación contractual visto a la luz de los Principios Unidroit y de la convención de Viena, pasaremos estudiar cómo se aplican estas normas a casos concretos, donde se presentan inconvenientes en contratos comerciales de carácter internacional, es decir que mediante el análisis de laudos arbitrales internacionales veremos los presupuestos fácticos de cada caso.

- **El cumplimiento específico de una obligación**

Respecto al cumplimiento específico de una obligación es claro en reiterados laudos arbitrales, que tanto la convención como los principios, interpretan la voluntad de la parte acreedora de la obligación o lesionada, como una directriz para enfocar lo que se va a conceder por razón del conflicto, es decir, en los casos que se presentaron, se evidenciaba que así se aplicaran leyes propias de los ordenamientos internos de cada país, los principios Unidriot, servían para vislumbrar la manera como debía interpretarse el contrato y la cláusula donde las partes estipulaban que debía exigirse el cumplimiento específico.

Aunque se podría suponer que no hay nada más satisfactorio que el objeto del contrato, para el que originalmente fue suscrito entre las partes se cumpla, en algunos casos concretos, en el afán de solucionar el conflicto y a pesar de que esta cláusula está expresamente pactada en el contrato, la pretensión incoada no es otra que la resolución del contrato, limitando el accionar del tribunal arbitral a solo ordenar que se indemnice a la parte afectada.

En pocos tribunales se ordenó el cumplimiento específico de la prestación, esto por motivos de especificidad en el objeto del contrato, como por ejemplo donde se incumple un contrato de comercialización de frutas, en el cual se estipulaba que por un término de siete años una de las partes se obligaba a comercializar el producto de la otra, se pactó expresamente que dicho contrato no podría ser extinguido por un acuerdo tácito y que de esta forma las partes de común acuerdo debían estipular esta situación. Antes del término de finalización, la comercializadora comunica a la otra que el contrato se termina, hecho que origina la controversia, que obliga a los contratantes a acudir ante el tribunal, quien concede la razón a la parte afectada, ya que se ha presentado una violación manifiesta de las condiciones iniciales que se pactaron en la formación del contrato.³⁵

Después de estudiar el caso, se decide que debe darse una indemnización de perjuicios, ya que el contrato era claro frente a los términos en que debía darse la terminación del contrato.

Mediante la aplicación de los principios Unidroit y de legislación interna se dirime el conflicto a favor del demandante, pues es claro que uno de los preceptos del cumplimiento específico es que la prestación por la que originalmente se pactó el contrato se ejecute, ya sea mediante la exigencia del pago del precio, la recepción de las mercancías o el cumplimiento de otras obligaciones.³⁶

- **La concesión de un plazo suplementario**

³⁵ Disponible en internet: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=813>, Court of Justice of the European Communities, C-334/00

³⁶ Pendón Meléndez M.A. Comentario al Art. 1.8 en: Comentario a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional. Moran Bovio, D. (Coordinador), Thomson Aranzadi, Segunda Edición, El cano Navarra, pp 86-93, 2003.

Es más una herramienta propia de las partes. Para que esta se configure debe darse el incumplimiento de una de las partes visto como el retraso en la ejecución de su prestación y con el fin de que se cumpla con el objeto del contrato se solicita el otorgamiento de un plazo suplementario que permita a la parte deudora cumplir con sus obligaciones.

La convención de Viena señala que para poder hacer uso de mecanismos como la resolución del contrato, debe darse el incumplimiento esencial de la prestación, es decir, no todo incumplimiento derivará en esencial y así mismo deberá quedar estipulado expresamente la fecha y lugar exactos donde debe realizarse la prestación debida, todo con el fin de dejar lo más claro posible los términos por los cuales se puede incumplir y de la misma forma demandar³⁷.

Sobre este particular no se encontraron casos que utilizaran ninguna de las herramientas para dirimir un conflicto durante el periodo que nos atañe.

- **Los intereses**

De por sí son un derecho y una acción de carácter sancionatorio aplicable a la parte incumplidora y tal vez una de las más contradictorias en cuanto a su aplicabilidad, puesto que al respecto la convención de Viena en su artículo 78 se refiere a ellos pero no determina qué tipo de intereses serán aplicables en caso de que las partes no se refieran expresamente a ello, por el contrario, se evidencia la necesidad de recurrir a doctrina y jurisprudencia, para resolver cual es el tipo y la tasa de intereses que se deben por razón del incumplimiento.

Los principios Unidroit, difieren sustancialmente, ya que en los casos en los que se aplicó el artículo 7.4. 9, los intereses se deben desde el momento en que debió efectuarse la prestación y no desde cuando se efectuó el pago como dice la convención. En los laudos

³⁷AG Alsfeld, 12 mayo 1995

donde fueron los principios Unidroit los llamados a dirimir el conflicto, se fijaron intereses atendiendo a la ley nacional del lugar del domicilio del demandado o donde debió efectuarse la prestación³⁸.

En este apartado resulta ser la convención algo confusa ya que si bien hace referencia a que se debe una suma de dinero, no se explica cómo ni cuál es el criterio aplicable.

Adicionalmente, los principios estipulan que no son los intereses incompatibles con la indemnización de perjuicios y que por el contrario puede pedirse al juez, que se le otorguen los dos tipos de sanciones a la parte afectada.

- **La conservación de mercancías**

Es otro instrumento que se da en virtud del derecho que tienen las partes de retener mercancías por falta de pago del precio o simplemente porque el comprador no tiene espacio para guardar o recibir la mercancía, en cualquiera de los dos casos, la parte que tiene en su poder las mercancías, tiene el deber de conservarlas en el estado original u óptimo de las mismas, bien sea por intermedio de un tercero contratando con él la guarda de ellas por un precio razonable.

En el caso en que el estado de las mercancías se deteriore podría ocasionarse un incumplimiento del contrato, lo que daría la posibilidad a la otra parte de exigir indemnización u otro tipo de sanción³⁹.

Reducción del precio

Para el comprador la reducción del precio es el mecanismo predilecto, ya que por medio de este puede beneficiarse sin necesidad de acudir ante un tribunal, esta sanción se da si no está conforme con la calidad de la mercancía o si la misma ha sufrido algún contratiempo

³⁸ Ab Arnhem, 25 febrero 1993, Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 29 marzo 1995 y 26 abril 1995.

³⁹ http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/723_DOC_OTRO.pdf

que afecte las condiciones esenciales de la misma y solo requiere de la comunicación informal o tacita al vendedor, quien en calidad de compensación accederá a efectuar esta reducción del precio.

Así, las controversias pueden suscitarse cuando dicha reducción no tiene lugar a criterio del vendedor, ya que tanto en dicho caso, como en los anteriores el vendedor podría incoar otra acción para rescindir o resolver el contrato y es entonces cuando los papeles desempeñados por las partes podrían llegar a invertirse.

- **Especificación de mercancías**

Más que una sanción es considerada una forma de protección del vendedor, la llamada especificación de las mercancías, lo que se busca con ella es que el comprador se pronuncie sobre las características de las mercancías que va a adquirir en un plazo razonable, si esto no ocurriese se procederá a especificar por parte su parte esta condición, que de nuevo le otorga una oportunidad al comprador para que proceda a corroborar dicha especificación.

Este puede ser considerado un mecanismo preventivo ante cualquier adversidad futura que pudiere ocurrir y una vez más los conflictos entre las partes deberán ser resueltos por el tribunal arbitral, con el fin de lograr un consenso entre las partes del contrato.

- **Resolución del Contrato**

En ambas normas en comento se señala que para poder hacer uso de mecanismos como la resolución del contrato debe darse el incumplimiento esencial de la prestación, es decir, no todo incumplimiento derivará en esencial y así mismo deberá quedar estipulado expresamente la fecha y lugar exactos donde debe realizarse la prestación debida, todo con

el fin de dejar lo más claro posible los términos por los cuales se puede incumplir y de la misma forma demandar⁴⁰.

A continuación se hace el recuento de uno de los laudos estudiados.

Partes: Vendedor (demandado) de nacionalidad austriaca y el comprador (demandante) tiene su lugar de trabajo.

Norma aplicable: artículos 6 , 7 (2) , 25 , 26 , 49 (1) (a) , 51 (1) , 73 , 74 , 75 , 78 , 79 (2) [También se cita: Artículo 47 (1)] de la C.V

Resumen de los Hechos: Entre las partes se celebró un contrato de compraventa sobre unos fertilizantes químicos con ciertas especificaciones técnicas de producción y que debían estar contenidos en unas bolsas que atendieran a las normas de la Industria Química de Ucrania. El vendedor efectivamente produjo los fertilizantes pero solicitó a un tercero (proveedor) la producción de las bolsas sin instrucciones contundentes, lo cual ocasionó el indebido empaque de los fertilizantes y por supuesto la inconformidad del comprador así como la impetración de la demanda, donde se solicitó la resolución del contrato con su indebida indemnización. El demandado argumenta su defensa sosteniendo que el mal desempeño del contrato no es imputable a él. Según él, no podía razonablemente conocer los motivos que dificultan la ejecución del contrato en el momento de conclusión de este último. Él alega que no pudo superar las circunstancias que impidieron el cumplimiento debido [...].

Consideraciones del Tribunal: El vendedor no está exento de responsabilidad, debido a la falta de cumplimiento por parte de su proveedor de conformidad con el artículo 79 (2) de la

⁴⁰Con esta tendencia se destacan los siguientes laudos arbitrales: ICC 8128/ 1995 (PACE) UNILEX; BGH - 3 de abril de 1996 Alemania (PACE)V(UNILEX); Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 22 de febrero de 1995 (Francia) PACE – UNILEX; Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de Hungría 17 de noviembre de 2005 (PACE); Arbitral Award, December 1996 - ICC Arbitration (Paris) – UNIDROIT - UNILEX., Arbitral Award – ICC Arbitration (Lugano) – September 1998, No. 9419 UNILEX y Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de la Federación Rusa - 97/2002 de 06.06.2003.

Convención de Viena 1980, pues si el vendedor le da las instrucciones del paquete al proveedor, el vendedor tiene la obligación de asegurar de antemano que su cliente puede utilizar el paquete que le recetó. Él tenía como obligación cerciorarse de tal circunstancia. Sin embargo a pesar de que cuando le preguntó al proveedor y éste presentó información falsa esto no lo exime de su obligación.

El vendedor que ha elegido al proveedor para llevar a cabo su contrato con el Comprador debe ser considerado responsable por el comportamiento de este último. Esto se deduce del artículo 79 (2) de la Convención de Viena 1980, porque la responsabilidad del vendedor por su proveedor es una parte integral de los riesgos generales de la oferta de bienes. Un grave retraso de la entrega constituye otra violación fundamental en virtud del artículo 49 (1) de la Convención de Viena de 1980. Un simple retraso sin embargo, no constituye una violación fundamental del artículo 25 de la Convención debido a que el comprador suele ser obligado a fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones de conformidad con el artículo 47 de la Convención. Sólo si el vendedor no entrega la mercancía hasta la expiración de este período de tiempo que el comprador tiene derecho a declarar resuelto el contrato en virtud del artículo 49 (1) (a). Un retraso sin embargo, puede constituir un incumplimiento esencial del contrato en las circunstancias particulares de un caso específico en que el comprador debe ser consciente. Una omisión excesiva de la fecha de entrega, incluso si no hay período de tiempo adicional se concede podrá derecho al comprador a resolver el contrato. En particular, este es el caso cuando el comprador le dio en la fecha acordada de entrega de una notificación conocida por el comprador. [...] Este es el caso de la presente diferencia.

El vendedor ya sabía por lo que estaba impreso en las bolsas que los fertilizantes químicos no estaban conformes para ser enviados al comprador. El vendedor conocía debido a la carta enviada a él por el Comprador que éste acerca de los retrasos, ocasionando a su cliente costos adicionales después de la compra. Lo cual transformó el retraso en la entrega en un incumplimiento esencial del contrato tras la recepción de la carta o notificación.

- **Indemnización de Daños y Perjuicios**

En lo atinente a los aspectos generales sobre la indemnización de daños, optamos por presentar como “laudo hito” el proferido por de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Alemania⁴¹, en el cual las partes (Desconocidas) celebraron un contrato comercial de carácter internacional en el que se suponía que la disputa por violación al contrato se resolvería con fundamento en los Principios Unidroit sobre la indemnización de daños y perjuicios en virtud de la legislación alemana. Estableciendo el Tribunal Arbitral que las partes no hicieron ninguna presentación de los principios que regulan el Derecho alemán sobre el tema. De manera que el Laudo Arbitral tuvo que apoyarse en su propia investigación para el establecimiento de los mismos mediante una analogía de lo preceptuado en los Principios Unidroit. Por una parte, el demandante pretende el reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados derivando una discusión sobre la definición del lucro cesante, a decir, la pérdida de beneficios como la diferencia entre el precio del contrato y los costos directos de producción. Mientras que la parte demandada aduce, que sólo puede hacer valer las reclamaciones que se derivan de la violación de la obligación de abstenerse de competir; y critica que el Demandante basa sus afirmaciones en el "valor de las ofertas presentadas" y no en el "valor de la oferta otorgada".

Se estableció como problema jurídico el siguiente: ¿Está supeditada la determinación de indemnización por daños y perjuicios a ciertos criterios dependiendo de la ley aplicable al caso concreto?

El Tribunal Arbitral considera que debe evaluar el grado de probabilidad de la pérdida de oportunidades y del lucro cesante. Esto implica necesariamente un cierto rango de discrecionalidad para la valoración a realizar por el Tribunal Arbitral al decidir sobre los daños que se adjudiquen, en tal caso no estimo las pretensiones del demandante. Tal

⁴¹ Laudo No. 9078 de 00.10.2001

decisión tuvo como criterio empleado el hecho de que el demandante no presentó los materiales que apoyan la existencia de reglas claras en la legislación alemana en cuanto a cómo estos casos deben ser tratados. Hay que reconocer sin embargo que los daños resultantes de la pérdida de oportunidades es el daño real y la posibilidad de reclamar la indemnización de tales daños provocados por un incumplimiento de contrato debe ser estimado, teniendo en cuenta tres elementos: (i) la pérdida en los negocios, (ii) el nexo causal entre el incumplimiento de la obligación contractual por el demandado y la pérdida de la transacción, y (iii) para el beneficio que el demandante podría haber obtenido si no hubiera ocurrido el incumplimiento. (Fundamento en los Principios Unidroit)⁴².

En la trayectoria de los laudos analizados es posible vislumbrar que la mitigación de los daños en el momento de la declaración de una indemnización en contra de la parte incumplida es de vital importancia por no decir la razón de la decisión, al menos en lo que respecta al cálculo de los daños precedido por los Arts. 74, 75 y 76 de la Convención y Arts. 7.4 ss de los Principios Unidroit y la posterior resta del monto equivalente a la pérdida que no fue atenuada por la otra parte (usualmente la parte demandada).

Un primer caso se presenta en la ICC (Cámara de Comercio Internacional) con sede en París – Francia en el laudo radicado bajo el número 12111 de 03.10.2003 en el cual el demandante un fabricante rumano, celebró un contrato, sobre la venta de productos con el demandado una compañía Inglesa, los cuales debían a ser entregados a los clientes de este último en Italia. Algunos de los clientes se quejaron de que los bienes entregados por el demandante no estaban de conformidad con las normas técnicas acordadas y el pago se negó. El Demandante instó directamente al contacto con los clientes con el fin de encontrar una solución amistosa, pero sobre eso el demandado no tomó ninguna medida. Por su parte el demandado negó la autorización a su banco para establecer la carta de crédito abierto en favor de la demandante por las pequeñas discrepancias en los documentos presentados por

⁴²En el mismo sentido se pronuncian los siguientes laudos: Schiedsgericht des HandelsKammer Hamburg, 21 marzo 1996 (PACE) UNILEX, OLG Rostock, 27 julio 1995 Alemania PACE UNILEX – Amtsgerich München, 23 de junio de 1995 Alemania- PACE – Unilex

Claimant. La controversia surgió cuando el Demandante solicitó demandado el pago de las facturas pendientes de pago por los bienes entregados, así como el costo de las materias primas que el demandante había comprado para la fabricación de la mercancía solicitada, pero la solicitud fue rechazada por el demandado, y el demandado se negó a hacerlo invocando los defectos de las mercancías.

El Tribunal Arbitral decidió que las normas del derecho aplicable al fondo de la controversia fueron los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Entonces se determina el problema jurídico atendiendo por supuesto al postulado de la mitigación de daños, así: ¿Constituye responsabilidad por daños y perjuicios la entrega de productos defectuosos a pesar del retraso en el pago de la mercancía?

La Corte Arbitral rechazó la solicitud del demandante para el pago de las materias primas., pero con respecto a la reclamación del pago de las facturas relativas a los bienes efectivamente entregados, falló a favor de del demandante.

Según el Tribunal la falta de solución a los clientes de la parte demandada demuestra que ya no estaba interesado en la siguiente entrega de los bienes y la intención de poner fin al contrato. Sin embargo ya que ambos demandante y demandado se negaron a cooperar con el fin de encontrar una solución aceptable para ambas, el demandado también fue impedido de reclamar daños y perjuicios por las entregas defectuosas pues ya no se realizarían, y en este sentido, el Tribunal invocó el art. 7.4.7 de los Principios de UNIDROIT, según el cual el monto de los daños puede ser menor si el daño es resultado de una acción u omisión de la parte civil. Con respecto a la reclamación del pago de las facturas relativas a los bienes efectivamente entregados, el Tribunal falló a favor de la Demandante, teniendo también en cuenta el hecho de que, a pesar de los supuestos defectos de los productos, los clientes del acusado fueron capaces de utilizar los productos para los otros fines, y había pagado por consiguiente, el precio al demandado, aunque con cierto retraso. El Tribunal también

reconoció los intereses a favor del reclamante en la cantidad que corresponda y de conformidad con el art. 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT decidió que el interés se debe a partir de la fecha la cantidad de vencimiento hasta el pago total se han realizado⁴³.

- **Exoneración**

*“cuando ocurre alguna circunstancia que da derecho a la exoneración del cumplimiento es la suspensión en la ejecución de la obligación, lo que se relaciona más con circunstancias que impiden la continuación de la ejecución, que con supuestos en los que se busca una modificación o terminación del contrato, los cuales se relacionan más frecuentemente con la excesiva onerosidad”*⁴⁴. Habiéndose dejado por sentado en el capítulo segundo de este trabajo y haciendo la pertinente aclaración por parte de la autora mencionada, se relacionan a continuación los laudos que han sido proferido bajo tales supuestos de exoneración, entre los que se destacan: la fuerza mayor y el caso fortuito⁴⁵.

Recuento del laudo: Corte Suprema de Lituania radicación No. 3K-3-612 de 19.05.2003.

Las partes (una persona natural y una Entidad Financiera) celebran un contrato de compraventa de bonos accionarios donde aquel traslada los derechos reales y personales de tales bonos determinando el precio y la forma de pago en tres periodos. Posteriormente a la realización de los primeros dos pagos equivalentes a un valor menor al 30% del total del precio la sociedad que era titular de tales bonos entró en proceso insolvencia, lo que produjo el decaimiento del valor de los títulos en el mercado. Como consecuencia la compradora decide no pagar el precio restante aduciendo que el demandante se está

⁴³Con criterio similar se pronunciaron los laudos Schiedsgericht des HandelsKammer Hamburg, 21 marzo 1996 (PACE) UNILEX Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de la Federación Rusa -134/2002 de 04.04.2003

⁴⁴Ibídem 19.

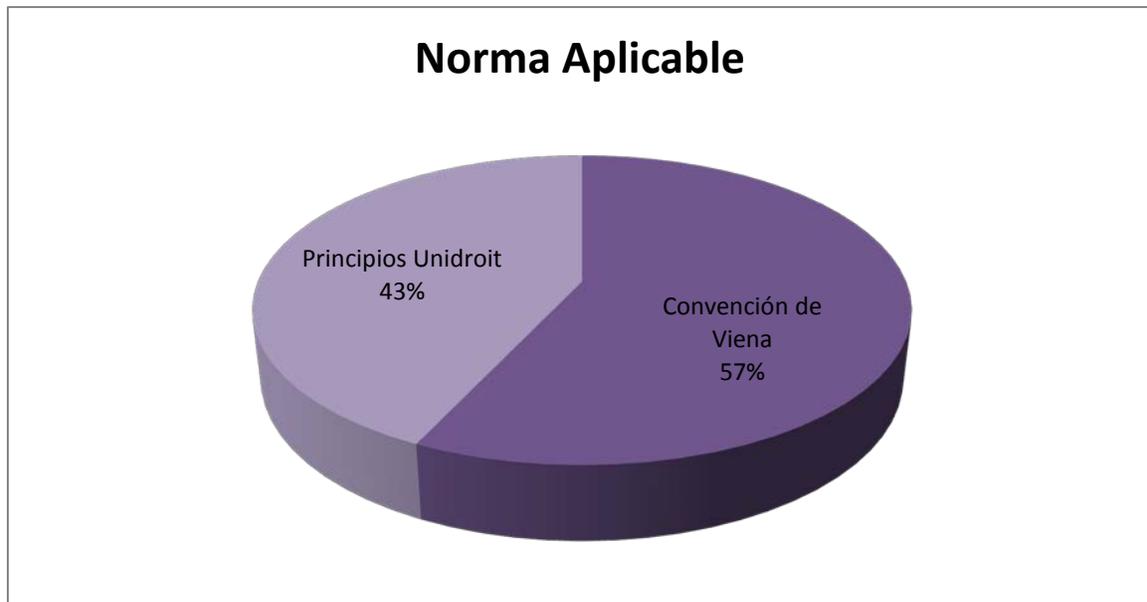
⁴⁵ICC Doc. No. 470 -9/16 Fuerza Mayor 17 de marzo de 1997 (n.1), Tribunal Internacional de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de la Federación Rusa 25 de septiembre de 1995 PACE- UNILEX, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10/ No 2 – Fall 1999, Caso No. 9117 -ICC International Court of Arbitration – Zurich (1998)

enriqueciendo sin justa causa, y dando lugar a la interposición de la demanda por parte de la Entidad Financiera a fin de que le sea cancelado el total del precio.

El Tribunal Arbitral con fundamento en los Principios Unidroit establece el incumplimiento a las obligaciones contraídas por parte del comprador al pagar el precio en los términos estipulados. “Si bien es claro que el suceso que lleva a la disolución de la sociedad de quién es cabeza de los bonos, es por una causa extraña al negocio que se había planteado inicialmente, este no exime a las partes de cumplir con las obligaciones que tenían a la firma del contrato”. En virtud de esto se acogen las pretensiones y se sanciona al demandado.

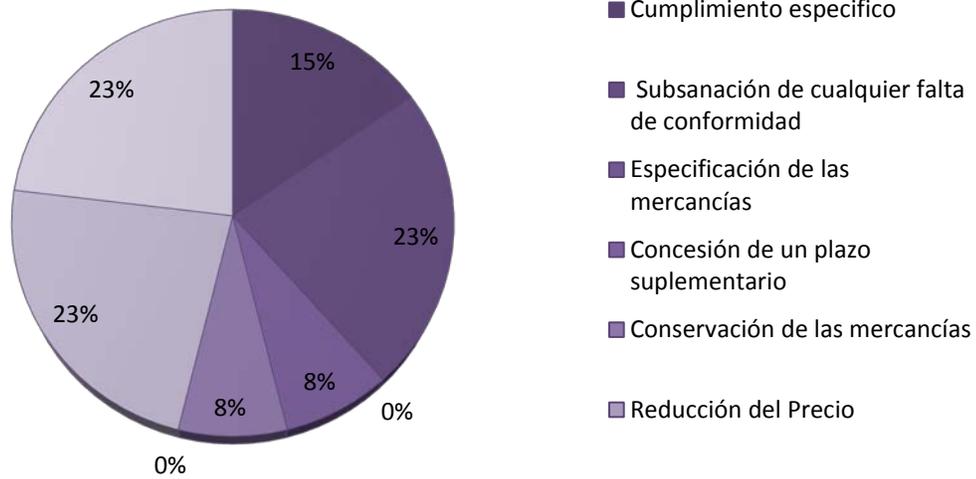
Se evidencia con el laudo descrito anteriormente que al momento de la determinación de exoneración es importante ver que el posible hecho que lo genere no este contenido dentro de la esfera de control de la parte al momento de la celebración del contrato.

ESTADÍSTICAS



Se determinó que de los doce laudos arbitrales ejecutados en el periodo que va desde el año 1995 hasta el 2005 y proferidos por Tribunales de Arbitramento de la Unión Europea, en un poco más de la mitad se prefirió escoger como norma aplicable a la Convención de Viena (57%), con una diferencia porcentual de diez puntos sobre aquellos que tomaron como sustento jurídico a los Principios Unidroit (47%) para la determinación de responsabilidad contractual.

REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO



REMEDIO	# LAUDOS EN LOS QUE FUERON UTILIZADOS
Cumplimiento específico	2
Subsanación de cualquier falta de conformidad	3
Especificación de las mercancías	0
Concesión de un plazo suplementario	1
Conservación de las mercancías	1
Reducción del Precio	0
Indemnización de Daños y Perjuicios	3
Resolución	3
LAUDOS TOTALES	13

CONCLUSIONES

- ✓ Los principios Unidroit y la Convención de Viena son normas que pretenden unificar criterios y normas generales del derecho internacional, permitiendo a los tribunales tener un referente de interpretación y formación de un contrato celebrado entre dos partes en igualdad de condiciones, que tienen su domicilio en lugares diferentes y que acuden al arbitraje, como mecanismo alternativo a la justicia ordinaria.
- ✓ En el afán por condensar los principales remedios frente al incumplimiento, las normas unificadoras aquí estudiadas, han dejado dentro de sí, vacíos que deben ser llenados mediante la interacción de leyes nacionales del lugar donde se suscita el conflicto.
- ✓ Algunas de las sanciones contempladas en las normas mencionadas, facultan a las partes para incoarlos sin necesidad de acudir ante un tribunal, pero si no se da una correcta aplicación de los mismos, pueden invertirse los roles y derivar en la exigencia de otras sanciones frente a cualquiera de las partes.
- ✓ los daños resultantes de la pérdida de oportunidades es el daño real y la posibilidad de reclamar la indemnización de tales daños provocados por un incumplimiento de contrato debe ser estimado, teniendo en cuenta tres elementos: (i) la pérdida en los negocios, (ii) el nexo causal entre el incumplimiento de la obligación contractual por el demandado y la pérdida de la transacción, y (iii) para el beneficio que el demandante podría haber obtenido si no hubiera ocurrido el incumplimiento. (El anterior criterio es tomado en cuenta de la normatividad Francesa, Suiza y Principios Unidroit).

- ✓ La uniformidad del derecho comercial internacional, hace del concepto jurídico del incumplimiento del contrato, un aspecto supremamente relevante de la normatividad y aún más por aplicación de la Convención de Viena.
- ✓ Es importante tener en cuenta el derecho inglés y los laudos británicos, en lo referente a la resolución de los conflictos pues la mayoría de los litigios comerciales son sustanciados por tribunales y árbitros de origen inglés.
- ✓ Existe la posibilidad de plasmar cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad pero teniendo en cuenta el control realizado por los tribunales arbitrales, en cuanto a su contenido por exoneración y no a las prestaciones no equitativas de un contrato.
- ✓ Uno de los grandes beneficios de las cláusulas de exoneración de responsabilidad es el poder distribuir el riesgo de la transacción entre las partes del contrato.

CASOS ESTUDIADOS

1. Arbitral Award, December 1996 - ICC Arbitration (Paris) – UNIDROIT - UNILEX.

2. Arbitral Award – ICC Arbitration (Lugano) – September 1998, No. 9419 UNILEX

3. Caso No. 9117 -ICC International Court of Arbitration – Zurich (1998), Corte
Suprema de Lituania radicación No. 3K-3-612 de 19.05.2003-----
4. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de la
Federación Rusa - 97/2002 de 06.06.2003 -----
5. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede
en Alemania, identificado bajo el radicado No. 9078 de 00.10.2001,-----
6. Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 22 de febrero de 1995 (Francia)
PACE – UNILEX-----
7. ICC (Cámara de Comercio Internacional) con sede en París – Francia en el laudo
radicado bajo el número 12111 de 03.10.2003 -----
8. ICC 8128/ 1995 (PACE) UNILEX; BGH - 3 de abril de 1996 Alemania
(PACE)V(UNILEX)-----
9. ICC Doc. No. 470 -9/16 Fuerza Mayor 17 de marzo de 1997 (n.1), Tribunal
Internacional de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de la Federación
Rusa 25 de septiembre de 1995 PACE- UNILEX -----
10. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10/ No 2 – Fall 1999 -----
11. OLG Rostock, 27 julio 1995 Alemania PACE UNILEX – Amtsgericht München, 23
de junio de 1995 Alemania- PACE – Unilex -----

- 12. Schiedsgericht des HandelsKammer Hamburg, 21 marzo 1996 (PACE) UNILEX,

- 13. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de Hungría 17 de
noviembre de 2005-----
- 14. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e industria de Hungría 17 de
noviembre de 2005 (PACE)-----

BIBLIOGRAFÍA

- Alexis Mourre, Aplicación por el árbitro de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Revista N°. 5 Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional, Ed. Legis Jul.-Dic. 2006.
- ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), Derecho Internacional Privado, Vol. II, 5ª Ed., Granada, 2004.
- Álvaro Vidal Olivares. ATRIBUCIÓN Y EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL, Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena. Revista de Derecho Valdivia Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005 Páginas 55-88.
- Andrew BABIAK, "Defining "Fundamental Breach" Under the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods". Temple International and Comparative Law Journal, 1992, Vol. 6, No. 1.
- Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Guiffre: Milan (1987) 843-873. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A.
- Calvo Caravaca, A.L, "Comentario Artículo 9" en Diez picazo y Ponce de León, L. La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la convención de Viena. Civitas, Madrid, 1998.
- CRUZ, Rodolfo, El Arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos comerciales internacionales, México, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México ,1998 pp.1-12.
- International Institute for the Unification of Private Law – Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994 – ISBN: 88-86449-00-3
- Jorge Oviedo Albán Coord, Contratos T.III Grupo editorial Ibáñez, Bogotá 2008.

- Jorge Oviedo Albán Coord, Reseña de: “Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)” pp. 457-470 Vol. 20 N° 015, Ed. Dikaion, Universidad de la Sabana, Chía - Colombia noviembre 2006.
- Jorge Oviedo Albán, Cap. El incumplimiento del contrato internacional No. 14 / Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional: las fronteras del seguro privado. Ed. Legis, Bogotá Enero - Marzo 2007.
- Juan Ramón de Verda y Beamonte Cap. Error, responsabilidad y confianza en el Derecho comparado europeo, No. 14 / Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional: las fronteras del seguro privado. Ed. Legis, Bogotá Enero – marzo 2007.
- Manuel Medina de Lemus, Contratos de Comercio Exterior. Doctrina y Formularios, 3A edición, Editorial Dykinson, S.L. Madrid 2007.
- María del Pilar Perales Viscasillas. 2001. "El contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)", Director: Alejandro M. Garro. <http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/perales1.html>.
- Morales Moreno, A.M., La responsabilidad contractual en la Convención de Viena (sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980), Conferencia impartida en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1997, sin publicar.
- Muñiz Argüelles Luis, Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual: estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses, Editorial Temis, Bogotá c2006.
- Natividad Goñi Urriza, Capítulo 6, “El incumplimiento esencial del contrato en el derecho Inglés”, Del libro “NUEVA LEX MERCATORIA Y CONTRATOS INTERNACIONALES”, Directores: Luis Calvo Caravaca y Jorge Oviedo Albán., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006. (Tomo 2).

- Pantaleón Prieto, F., Del Concepto de Daño. Hacia una Teoría General del Derecho de Daños, Tomo II, Tesis Doctoral, sin publicar, Madrid, 1981, p. 583.
- Pendón Meléndez M.A. Comentario al Art. 1.8 en: Comentario a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional. Moran Bovio, D. (Coordinador), Thomson Aranzadi, Segunda Edición, El cano Navarra, pp 86-93, 2003.
- Vid. A, BURROWS, Remedies for Torts and Breach of Contract, 2 nd, London, 1994, Págs.4 y 5.
- Vid. M. CLEMENTE MEORO, La resolución de los Contratos por Incumplimiento, Valencia, 1992, págs. 163-175. Vidal Olivares Álvaro R. El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, Valparaíso Chile, 2006.