

LA TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

MANUELA AGUIRRE MEDINA
CRISTINA ARISTIZÁBAL JOHNSON

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS

ASESOR
JOSÉ ALBERTO TORO V.

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN

2015

Introducción.....	4
Marco teórico.....	7
1. El concepto de teoría de los riesgos.....	7
1.1. Elementos esenciales para la aplicación de la teoría de los riesgos	7
1.2. La fuerza mayor.....	10
2. Determinación del titular del riesgo	15
2.1. Principio de la autonomía de la voluntad	15
2.1.1. Autonomía de la voluntad conflictual.....	17
2.1.1.1. Ordenamiento jurídico de un Estado	21
2.1.1.2. Lex Mercatoria.....	22
2.1.1.2.1. INCOTERMS	24
2.1.1.2.2. Principios UNIDROIT.....	31
2.1.1.2.3. La Convención de Viena para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.....	35
2.1.2. Autonomía de la voluntad material.....	39
2.1.2.1. Cláusulas limitativas y <i>exonerativas</i> de la responsabilidad.....	40
2.1.2.2. Cláusulas de fuerza mayor	43
2.2. Metodología del derecho internacional privado	45
3. Consecuencias de la aplicación de la teoría de los riesgos y la responsabilidad del vendedor cuando hay incumplimiento no imputable.....	48
3.1. Cuando hay imposibilidad total del cumplimiento de la prestación.....	49
3.2. Cuando hay una fuerza mayor que suspende el cumplimiento de la prestación	
54	

3.3. Cuando hay una fuerza mayor que deteriora las mercaderías	60
3.4. Cuando el hecho que genera el incumplimiento total, parcial o temporal es imputable a un tercero	63
Conclusiones.....	67
Referencias bibliográficas	71
Laudos arbitrales.....	76

Introducción

“Where globalization means, as it so often does, that the rich and powerful now have new means to further enrich and empower themselves at the cost of the poorer and weaker, we have a responsibility to protest in the name of universal freedom.”

- Nelson Mandela

Colombia es un país de una economía en desarrollo, cuya industria se encuentra con un crecimiento exponencial. Sin embargo, muchos de los que realizan transacciones de comercio internacional son pequeñas y medianas empresas que carecen de los medios para contratar un profesional en derecho, o ignoran la importancia de la asesoría previa. En adición, cuando las partes conocen sobre la existencia de los INCOTERMS pueden llegar a delegar la redacción de documentos contentivos de estos términos a los agentes logísticos, quienes pueden no estar suficientemente preparados para emitir un concepto respecto a la normatividad de contratación internacional.

Toda esta situación ha llevado a que los comerciantes no tengan claridad sobre la importancia de delimitar el momento de transmisión del riesgo, o de determinar expresamente un régimen regulatorio de la pérdida o deterioro de las mercaderías. Es afortunado para las partes que Colombia es un Estado parte de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, pues esta es una normatividad que si bien es muy básica, trae algunas normas supletivas en la materia que pueden ayudar a las partes cuando guardan silencio.

Además de lo anterior, es importante destacar que la situación se ve agravada porque la mayoría de los conflictos en contratos de compraventa internacional de mercaderías surgen principalmente por la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte de estas, pues

al no haber una estipulación expresa de quién y en qué momento asume el riesgo de la transacción, las partes no van a tener claro cuáles son sus derechos particulares.

Finalmente, hay que destacar que raramente las transacciones internacionales se ven frustradas por la intervención de un tercero ajeno al contrato, pero es muy común que estas se vean suspendidas por terceros intervinientes o por fuerza mayor como lo sería la retención de la mercadería por una autoridad aduanera. Aquí surge el conflicto para las partes donde, si bien fue algo ajeno a la voluntad del vendedor el hecho que los bienes estuvieran retenidos por las autoridades de uno u otro Estado, el comprador no va a querer recibir si ya no tiene interés en la mercancía, y el vendedor no va a ceder a quedarse con el producto por los altos costos que esto acarrearía, y el lucro cesante generado por esta situación.

Así, siendo la fuerza mayor una de las principales fuentes de aplicación de la teoría de los riesgos, es también una de las figuras más complejas por la cantidad de elementos que requiere para su configuración y por la dificultad que tiene en materia probatoria. Debido a esto, las partes que tienen conocimiento de la situación tienden a pactar cláusulas de fuerza mayor; sin embargo, la *consensualidad* junto con el desconocimiento jurídico de las transacciones internacionales por parte de las áreas comerciales al interior de las compañías colombianas, hacen que esto se vuelva un problema latente.

Un buen pacto contractual en materia de teoría de los riesgos podría evitar muchos de los conflictos que surgen actualmente por la *consensualidad*, pues esta es la que delimita la suerte de la contraprestación cuando hay una imposibilidad de cumplimiento completo, oportuno o sin defectos no imputable al deudor.

El presente trabajo parte de la identificación de esta problemática, y tiene como objetivo encontrar la normatividad aplicable a la teoría de los riesgos, tanto cuando hay de por medio un pacto directo (a través de una cláusula contractual particular) o indirecto (a través de la selección de una normatividad que traiga claramente una distribución de riesgo como

los INCOTERMS) de distribución del riesgo, como cuando hay un silencio absoluto en la materia.

En la normatividad aplicable es necesario encontrar: primero, una definición de qué se entiende por teoría de los riesgos; segundo, qué se entiende por fuerza mayor; tercero, el momento de transmisión del riesgo del comprador al vendedor; y cuarto, las consecuencias de la aplicación de la teoría de los riesgos y de la fuerza mayor frente a la responsabilidad contractual de las partes.

Para lograr nuestro cometido, primero, determinaremos el concepto de teoría de los riesgos, a través de definir sus elementos y plantear sus discusiones. En segundo lugar, se hablará de los diferentes instrumentos que pueden utilizar las partes para regular el riesgo, y de la normatividad que se aplicaría en caso de que no estipulen nada de manera expresa. Finalmente, a modo de conclusión, se expondrán las consecuencias de la aplicación de la teoría de los riesgos, con lo que se completará el abarcamiento del tema.

Marco teórico

1. El concepto de teoría de los riesgos

Dentro de cualquier contrato de compraventa, puede suceder que los bienes objeto de este desaparezcan, o se desmejoren de tal forma que ya no le sean de utilidad al comprador. Adicionalmente, es posible que cumplir de una forma completa, a tiempo y sin defectos se vea imposibilitado por un hecho no imputable a las partes. En estos casos surgen varios interrogantes: ¿en caso de pérdida de las mercaderías, quién tiene que sufrir los efectos que esto acarrea?, ¿si hay una imposibilidad temporal de cumplimiento, quién tiene que soportar los efectos de la tardanza? Los anteriores interrogantes son situaciones que vienen resueltas por la teoría de los riesgos la cual, a partir del momento de la transmisión del riesgo, distribuye las consecuencias entre las partes del contrato.

1.1. Elementos esenciales para la aplicación de la teoría de los riesgos

La teoría de los riesgos viene definida por autores como Guillermo Ospina Fernández, quien dice que esta es la que

“Debe resolver, por consiguiente, qué sucede con la prestación debida por una de las partes cuando la otra ya no puede cumplir con la suya” (Ospina Fernández, 2008)

De esta primera definición podemos sacar un elemento, y es su aplicación cuando hay una imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida por una de las partes. Sin embargo, esta definición se queda corta, pues no excluye los casos en que por ejemplo, la imposibilidad de cumplimiento se debe al mismo acreedor. En este orden de ideas, el autor René Ramos Pazos señala que esta teoría

“Trata de resolver quién debe soportar en los contratos bilaterales la pérdida de la especie o cuerpo cierto, si el deudor no puede cumplir con su obligación de entregar la cosa, por haberse destruido por un caso fortuito o fuerza mayor.” (Ramos, 1998)

Esta segunda definición es más completa, pues nos señala que aplica (i) en los contratos bilaterales, (ii) en los casos de pérdida de la especie o cuerpo cierto, donde (iii) debe haber una imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa por haberse destruido por un caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, esta definición deja por fuera dos asuntos; uno primero, que esta figura también aplica para los casos en los cuales hay solo una imposibilidad temporal de cumplir la prestación, pues determinará si una vez cesada la causal que impide el cumplimiento, el acreedor debe recibir aunque ya no le interese, o el deudor deba quedarse con la mercancía porque ya no es de interés del acreedor.

Un segundo olvido es que se descarta la aplicación de la teoría de los riesgos cuando el bien se pierde por un hecho imputable a un tercero. No se tiene en cuenta la importancia de analizar quién tenía el riesgo de la mercancía, la cual radica en que es este riesgo el que va a otorgar la legitimación para cobrar a este tercero los perjuicios sufridos y que también hay que analizar cuál es la suerte de la contraprestación. No podría cobrarla quien no tiene el riesgo del bien, pues se trataría de un daño que no es directo, al no haber tenido que sufrir las consecuencias de la imposibilidad de cumplimiento.

En conclusión esta es, en el caso de la compraventa, una figura que se aplica cuando una obligación exigible cuyo cumplimiento se encuentra pendiente, se vuelve imposible, ya sea de forma temporal o total y que este incumplimiento sea imputable a una fuerza mayor o a un hecho de un tercero. Dentro de esto es fundamental hacer varias precisiones conceptuales: Para que podamos hablar de una imposibilidad total de ejecución de la obligación, es necesario, primero, determinar la naturaleza de la prestación (en el caso de la compraventa internacional de mercaderías siempre se va a tratar de dar un bien) y segundo, en los casos de dar un bien, si se trata de un género o una especie o cuerpo cierto. Por no ser objeto del presente trabajo, no se tratará el caso de las prestaciones de hacer y no hacer.

En orden de decir que hay una imposibilidad total de cumplimiento en los casos que la prestación consiste en transferir el derecho de dominio de un bien, es necesario que nos

encontremos frente a una especie o cuerpo cierto. Aquí, con la pérdida o deterioro de este tipo de bienes, la obligación del vendedor se extingue, pues se dice que no existe otro bien idéntico y por lo tanto no habrá objeto dentro del contrato, y ya lo que se analizará es qué sucede con la contraprestación.

En el caso de los bienes que son género, aplica el adagio *genus nunquam perit* (el género no perece), y por lo tanto no puede predicarse dicha imposibilidad, pues es una mercancía que tiene sustitutos, lo que genera que no haya una extinción de la obligación por falta de objeto. Lo que puede suceder es que habrá una imposibilidad temporal de cumplimiento de la prestación, donde se suspende el cumplimiento hasta que se pueda otorgar el sustituto.

La teoría de los riesgos también puede configurarse cuando hay un deterioro en las mercancías que no se puede entender como pérdida absoluta de los bienes. Aquí, quien deba soportar el riesgo, deberá cargar con lo que impone este deterioro: si es el acreedor, deberá recibir el bien deteriorado; si es el vendedor, deberá reparar por cuenta suya la mercancía dañada.

No obstante lo anterior, también puede suceder que, si bien no exista una imposibilidad total de satisfacer la obligación, el cumplimiento de esta se haga excesivamente oneroso para el vendedor, como en el caso de que un género se pierda. En este momento, es donde aplicamos una figura utilizada en el ámbito internacional, la cual es la estadounidense *impracticability*, casi equivalente a la teoría de la imprevisión utilizada en los sistemas del derecho continental. Durán Piedrahita, señala en los siguientes términos, que

“Por fortuna, las prácticas comerciales han ido evolucionando con el paso de los años y se ha adoptado la posición norteamericana de la *impracticability*, lo cual ha permitido exonerar del cumplimiento al deudor cuando éste se vuelve comercialmente impracticable, permitiéndoles a las partes quedar en circunstancias económicas viables para continuar con el desarrollo de sus actividades comerciales, lo cual en últimas beneficia las transacciones internacionales.” (Durán Piedrahita, 1998)

A pesar de su importancia, dentro del Derecho internacional comercial no es un principio general ni mucho menos una costumbre generalmente arraigada, por lo que dependerá del concepto que tenga el juez o el árbitro al momento de resolver la disputa para que pueda ser aplicado, o de la estipulación por las partes de esta cláusula dentro del texto contractual.

Otra precisión necesaria es el concepto de pérdida del bien, el cual se ha entendido en el sentido amplio para efectos de esta figura: no es necesario que el bien se extinga o desaparezca completamente. Bastará con que sufra un deterioro grave, de tal forma que no pueda ser utilizado para lo que fue creado, o que quede en condiciones que impidan su comercialización.

Finalmente, como se señalaba, es posible que todo lo anterior suceda por un hecho imputable a un tercero o a una fuerza mayor. Este último concepto es de una gran complejidad, pues tiene sus propios elementos, requisitos y discusiones; y con base en la cantidad de eventos de este tipo que pueden generar un incumplimiento total o temporal de la prestación, se desarrollará esta figura a continuación.

1.2. La fuerza mayor

La fuerza mayor es uno de los principales elementos para la aplicación de la teoría de los riesgos, pues es en general lo que causa una imposibilidad total de cumplimiento, una imposibilidad temporal, o un deterioro de los bienes. Algunos autores, distinguen además de la fuerza mayor el caso fortuito, diciendo que si bien son diferentes, en ambos casos se puede dar lugar a aplicar la teoría de los riesgos. Señalan que la fuerza mayor se refiere a los hechos de la naturaleza, que se presentan como irresistibles e inevitables para el cumplimiento del contrato, mientras que el caso fortuito se refiere a los hechos del hombre. Para efectos prácticos del presente trabajo, nos acogeremos a la hipótesis que equipara ambas figuras.

Otra cosa en la que la doctrina presenta discordancias es en la amplitud del concepto. Para algunos, el concepto es más restringido, como para María Paula Durán Piedrahita, quien

señala que para determinar la existencia o no de un evento de fuerza mayor o caso fortuito deben concurrir tres elementos:

“que el hecho sea externo, o ajeno a la voluntad del deudor; imprevisto, es decir, que no se pueda contemplar por anticipado su ocurrencia en circunstancias normales de la vida; y que sea irresistible, o sea, que no es que el acontecimiento haga más difícil o más oneroso el cumplimiento, sino que lo hace imposible, por lo cual el deudor no puede superar sus consecuencias.”
(Durán Piedrahita, 1998)

El primer elemento referente a la exterioridad del hecho, implica que éste no puede ser imputable a una negligencia del deudor, por lo cual se hace necesaria la exclusión de la culpa de éste. A su vez, este elemento, se refiere a que en la realización del hecho no puede haber influencia de un tercero por quien el deudor deba responder, es decir, es fundamental que se encuentre por fuera de la órbita de control del mismo (requisito de exterioridad).

Frente al segundo elemento donde se hace relación a que la situación debe de ser imprevista, la autora dice que este

“implica que el hecho aunque es concebible por la mente humana, porque ya haya ocurrido, o porque sea imaginable (v.gr., una guerra extraterrestre), no era posible predecir su ocurrencia para el momento y lugar concretos.” (Durán Piedrahita, 1998)

Así podemos ver que la imprevisibilidad no es un elemento esencial de la fuerza mayor, aunque sí es importante su prueba para demostrar la irresistibilidad. No se puede descartar la aplicación de la teoría de los riesgos en los casos que un hecho es previsible aunque sea irresistible, pues nadie está obligado a lo imposible.

El tercer elemento se refiere entonces a aquellas circunstancias donde, a pesar de haber sido previsible el hecho, sus efectos eran imposibles o muy onerosos de evitar; y debido a

esto las partes no podían ejercer algún tipo de resistencia frente al mismo, por ser esta absoluta y objetivamente insuperable. A este elemento se le da el nombre de irresistibilidad.

Autores como De Cuyper dicen que en el campo del derecho internacional privado, se ha establecido como fuerza mayor aquellas situaciones donde hay una verdadera imposibilidad de ejecución, no imputable al deudor. Los árbitros internacionales a la hora de determinar cuándo se está frente a una situación de fuerza mayor, “recurren al principio según el cual *nadie está obligado a lo imposible*” (De Cuyper, 1993) y acuden a la teoría francesa de la fuerza mayor y caso fortuito donde sólo se requiere que el hecho sea irresistible e imprevisible para configurar una fuerza mayor.

Según el autor Yves Derains (Derains, 2002), los árbitros internacionales acuden a los principios generales del derecho y no a los nacionales, lo que los lleva a tener solamente en cuenta los elementos de la irresistibilidad e imprevisibilidad, para determinar si el hecho es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, dejando por fuera el análisis de exterioridad. Sin embargo, esto puede variar, según si las partes se han remitido a algún ordenamiento jurídico con una definición más amplia de fuerza mayor, o si dentro del contrato se ha establecido una definición para esta figura. Las anteriores son unas teorías también restrictivas del término *force majeure*.

A pesar de lo sostenido por los autores citados, para otros el concepto es más amplio, como lo señalan Marcel Fontaine y Filip De Ly en su obra *Drafting International Contracts*. Para estos, la definición clásica de fuerza mayor consiste en una situación que es imprevisible, irresistible, que se encuentra fuera de la órbita de control de las partes, y que tiene como efecto la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Lo estipulan de la siguiente forma:

“...the traditional criteria for force majeure, namely, unforeseeability, unavoidability, the fact that events are outside the control of the parties and the effect of rendering performance of the obligation impossible” (Fontaine & De Ly, 2006)

Así, para estos hay un cuarto elemento determinante que no señalan los autores citados anteriormente, y el cual mencionamos desde el inicio del presente trabajo: dicho suceso debe generar la imposibilidad de cumplir la obligación.

Marcel Fontaine y Filip De Ly, también señalan que en muchos casos en contratos internacionales, las cláusulas que incluyen las partes como definición de fuerza mayor dejan de lado uno u otro criterio, expresando la *force majeure* de manera menos rigurosa. Señalan que, si bien en muchos casos es común que la *impredicibilidad* del hecho sea dejada de lado, la irresistibilidad y el efecto que debe tener en el cumplimiento de la obligación es raramente omitido. Esta disposición la pueden realizar las partes en virtud de la autonomía de la voluntad permitida en estas transacciones.

En su obra, estos autores muestran como en algunos contratos las partes delimitan una lista de asuntos que se pueden entender como fuerza mayor. Los más comunes son la enunciación de desastres naturales, conflictos armados, disputas industriales, ya sea con sus trabajadores internos o con subcontratistas, daños en maquinarias o accidentes similares, dificultades en el transporte y/o dificultades de abastecimiento; y el hecho del príncipe, haciendo mención especial a los cambios en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, Marcel Fontaine y Filip De Ly señalan que también es común que las partes enumeren una serie de eventos que, si bien cumplen todos los requisitos para ser entendidos como fuerza mayor, son tratados como si no lo fueran, haciendo que el grado de responsabilidad de la obligación sea más severo. Esto sucede por ejemplo en las obligaciones de garantía, donde ni siquiera la fuerza mayor puede exonerar al deudor del cumplimiento de su obligación. Es importante tener en cuenta que en esta clase de obligaciones, la pérdida de los bienes es tratada como si le fuera imputable al deudor, por lo que tendrá que soportar los efectos del suceso de la misma forma que si hubiera incumplido. Así, en estos casos deberá pagarle los perjuicios que se le hayan causado al acreedor por no haber podido recibir su mercancía.

En materia de compraventa internacional de mercaderías, al igual que en los ordenamientos jurídicos en los que se encuentra presente esta figura, se ha dicho que quien debe responder por la contraprestación es la parte que tenga a su cargo el riesgo del bien. De esta forma, lo importante para llevar a cabo el análisis de la teoría de los riesgos, es saber según el pacto de las partes o el ordenamiento jurídico aplicable al contrato, en qué momento se da su transmisión (del riesgo).

2. Determinación del titular del riesgo

Como se señaló anteriormente, el primer paso para la aplicación de la teoría de los riesgos es determinar quién es el titular de éste. Como lo señalan Clayton Gillette y Stephen Walt en su libro *Sales Law: Domestic and International*, la regla generalmente aceptada es que la parte que tenga más control sobre los bienes y que esté en mejor posición de asegurar las mercaderías es aquella que debe tener el riesgo. Bajo esta premisa, instrumentos como el Código Civil colombiano, la Convención de Viena de 1980 o el *Uniform Commercial Code* crean sus reglas de distribución de riesgo, e inclusive estos autores señalan que las partes prefieren realizarlo de esta forma. (Gillette & Walt, 2009)

En el ordenamiento jurídico colombiano por ejemplo, el deudor conserva el riesgo de los bienes que vende hasta la entrega de estos, salvo en materia de venta civil de cuerpo cierto, donde el comprador tiene el riesgo desde el perfeccionamiento del contrato hasta la entrega del bien.

En el artículo 2-509 (3) del UCC, se señala que el riesgo de pérdida pasa al comprador en el momento que tiene posesión física de los bienes, (*receipt*) cuando es un comerciante; mientras que pasará en el momento de la entrega (*delivery*) cuando se trata de un no comerciante.

Dentro de la compraventa internacional de mercaderías, hay principalmente dos formas de establecer el titular del riesgo: primero, a través del principio de la autonomía de la voluntad, ya sea conflictual o material; y segundo, puede hacerse utilizando la metodología del derecho internacional privado.

2.1. Principio de la autonomía de la voluntad

En situaciones comerciales donde más de un ordenamiento jurídico se ve implicado, es decir, cuando nos encontramos frente a una relación jurídica de carácter internacional; en el caso concreto de la compraventa internacional de mercaderías, aparece el principio de la autonomía de la voluntad como un pilar fundamental para regular las distintas obligaciones que surgen de dicho contrato. Esta es entendida por Undurraga

“Como el derecho de las partes para elegir la ley que gobierna un contrato. Esto es, su facultad de determinar la ley que es causa del contrato; la ley que provee las normas que determinan la existencia, validez sustancial y los efectos del contrato y también aquellas normas que las partes no pueden desplazar convencionalmente; y finalmente, la ley que gobierna también la elección misma de ley estableciendo los requisitos para realizarla y regulando sus efectos.” (Undurraga, 2013)

Es importante reseñar la diferencia que realiza Antonio Aljure Salame entre la autonomía conflictual y la autonomía de la voluntad. En su libro “el contrato internacional”, el autor dice que la primera

“es la facultad que da una ley para que las partes determinen la ley sustancial que regulará el contrato, y la segunda, la facultad que da la ley para que, dentro de un contrato regulado por ella, las partes puedan introducir reglas materiales creadas por ellas mismas”. (Aljure Salame, 2011)

Así mismo, en palabras de Mónica Sofía Rodríguez,

“La autonomía de la voluntad conflictual, considerada como la autonomía propia del Derecho internacional privado (DIPr), consiste en la posibilidad de que las partes convengan el sistema jurídico que gobernará el contrato internacional. Implica la elección del Derecho aplicable a la relación contractual.” (Rodríguez, 2011)

Aljure Salame señala que, para la validez de un pacto en virtud de la autonomía conflictual, lo mínimo que requieren los diferentes Estados es que exista un elemento de extranjería dentro de la relación jurídica. Dice que esta es una exigencia razonable, puesto que de no hacerse el mismo legislador estaría abriendo las puertas al fraude, permitiéndole a las partes que excluyeran una norma inconveniente.

La distinción que realiza el autor es importante. Sin embargo, este más adelante señala que:

“cuando las partes en un contrato eligen una ley sustancial, lo hacen en desarrollo de la autonomía conflictual; cuando introducen reglas materiales, aún sin mencionar la ley aplicable, lo hacen en desarrollo de la autonomía de la voluntad. Con todo, en la práctica, muchos eventos de autonomía conflictual son llamados de autonomía de la voluntad” (Aljure Salame, 2011)

En esta cita, es posible determinar que Aljure Salame realiza una distinción tajante entre ambas figuras. Consideramos que, si bien ambas recaen sobre diferentes objetos (pues una es sobre la escogencia de la ley general aplicable y la otra sobre la posibilidad de estipular reglas materiales particulares), tienen un amplio margen de similitud, que es que ambas señalan la posibilidad de las partes de elegir la normatividad sobre la cual se va a regir su relación jurídica. Así, podríamos determinar que existe el principio de la autonomía de la voluntad, que a su vez se encuentra compuesto por dos figuras: la autonomía de la voluntad conflictual y la autonomía de la voluntad material.

Respecto de la autonomía de la voluntad material, Patricio Andrés Aguirre Veloso señala que:

“autonomía material implica la facultad para las partes de incorporar al propio contrato, normas materiales particulares, sea que las hayan recogido de una o más legislaciones nacionales, sea que las hayan creado ellas mismas”. (Aguirre Veloso, 2006)

Para tener un buen entendimiento de la materia, es necesario explicar ambas aplicaciones del principio de la autonomía de la voluntad, pues tanto la conflictual como la material son utilizadas en los contratos que le atañen a la presente tesis.

2.1.1. Autonomía de la voluntad conflictual

En el ámbito del derecho internacional privado, es posible evidenciar que la autonomía de la voluntad conflictual se encuentra regulada en distintos instrumentos internacionales. El primero de estos es la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa

Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980.¹ Desde el artículo sexto de la misma, se evidencia la supremacía de este principio, puesto que señala que las partes pueden excluir la aplicación de la Convención cuando esta sea la normatividad aplicable por regla de remisión del artículo primero, es decir, porque el contrato sea regido por ordenamiento jurídico de un Estado que sea parte de la convención (Huber & Mullis, 2007). Dispone el artículo sexto:

“Artículo 6

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.” (UNCITRAL, 1980)

Este principio inspira también el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).² En éste se consagra como principio general que serán las partes quienes escogen la ley aplicable al contrato, aunque dice que cuando estas no lo hagan se aplicará la ley del país del vendedor. Esto lo preceptúa el artículo cuarto de la siguiente forma:

“A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;” (Parlamento Europeo, 2008)

¹ La Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías es un convenio multilateral que entró en vigencia en 1988, del cual a enero de 2015 hacen parte 83 Estados. Este convenio, si bien es vinculante para todos los Estados *ratificantes* por su carácter de tratado, es de naturaleza dispositiva para las partes de un contrato, puesto que ellas podrán excluir partes de su clausulado. A pesar de esto, es necesario resaltar que, como se señalará más adelante, si las partes han pactado como ley aplicable la de un Estado que haga parte de esta convención, ésta se aplicará automáticamente, salvo que se excluya su aplicación.

² Este reglamento sustituye el Convenio de Roma. Se aplica en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca y Reino Unido

Así mismo, encontramos en El Tratado de Montevideo de 1980,³ la consagración del principio en cuestión, el cual prevé en su artículo séptimo la posibilidad que las partes establezcan el derecho aplicable a su relación contractual, ya sea de forma expresa o tácita.

“Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.” (Asociación Latinoamericana de Integración, 1980)

A su vez, en el Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales (en adelante Principios de La Haya) rige el principio de la autonomía de la voluntad conflictual. Este señala que las partes pueden escoger cuál será la ley aplicable a todo el contrato o sólo a una parte de este, pues existe la posibilidad de tener leyes diferentes para distintas partes del contrato. Además, se establece que el clausulado podrá modificarse en cualquier momento y de cualquier forma.

Dicho proyecto, determina que la ley aplicable pueden ser normas de derecho que son comúnmente aceptadas a nivel regional, internacional, o supranacional, y que esta no tiene que tener relación con las partes ni sus transacciones. Al no requerir ningún tipo de relación entre la ley aplicable y las partes o sus transacciones, estos principios adoptan un concepto mucho más amplio del principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, en el artículo tercero se establece que la ley aplicable al contrato elegida por las partes debe tener un reconocimiento general que supere el nivel nacional, es decir, como derecho aplicable

³ El tratado de Montevideo de 1980, actualmente se encuentra ratificado por Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

no puede referirse a un conjunto de normas establecidas dentro del mismo contrato, o a los términos y condiciones establecidos por alguna de las partes, por lo que los tratados y convenios internacionales pueden ser escogidos por las partes como el derecho aplicable al contrato (Hague Conference on Private International Law). Establece el artículo segundo lo siguiente:

“Artículo 2 - Libertad de elección

1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes.
2. Las partes pueden elegir (i) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (ii) diferentes derechos para diferentes partes del contrato.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.”

De acuerdo con lo anterior y por el volumen y la importancia de los instrumentos señalados anteriormente, es posible afirmar la vigencia que tiene la autonomía de la voluntad conflictual en materia de derecho comercial internacional. A pesar de que tradicionalmente a las partes se les exigió que el derecho elegido tuviera algún tipo de conexión con las mismas o con el contrato, ya hoy en día dicha exigencia no se presenta, como lo señalan expresamente los Principios de La Haya. De esta forma, las partes pueden elegir un derecho neutral frente a la relación jurídica, o elegir más de una ley para regular distintas partes del contrato. Esta libertad permite a las partes aplicar la ley interna de algún Estado; o acogerse a instrumentos internacionales de la *lex mercatoria*, como lo son los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales (en adelante principios UNIDROIT), a regulaciones de la Cámara de Comercio Internacional, o la Convención de Viena para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante La

Convención) para regular el contrato. Aunque esta afirmación puede ser la regla general, es necesario señalar que el principio de la autonomía de la voluntad encuentra su límite en los casos que colisione con el orden público internacional⁴, o con el orden público interno de algún Estado.

Como precisión final, hay que destacar que en muchas ocasiones, aunque las partes no lo hayan pactado expresamente, el operador jurídico encargado de dirimir un conflicto podrá remitirse a los diferentes tratados existentes que sean aplicables al caso concreto. Así, es posible que un árbitro se remita a la Convención de Viena o a los principios UNIDROIT, por su naturaleza jurídica y en razón a su carácter de costumbre internacional.

2.1.1.1. Ordenamiento jurídico de un Estado

En razón de la autonomía de la voluntad conflictual, es posible que las partes hayan pactado que su relación jurídica se regiría por la normatividad interna de algún Estado en especial. Aquí habría que analizar en cada caso concreto cuáles son las reglas que éste admite en materia del riesgo, para poder determinar cuál será la suerte de la contraprestación.

Es importante que en todos los casos, las partes conozcan muy bien la normatividad del Estado que utilizan en su contrato, pues con base en esta que se tomarán las definiciones, se sabrá acerca del momento para la transmisión del riesgo, y se conocerán los requisitos de la fuerza mayor.

Finalmente las partes deben analizar, a la hora de utilizar como derecho aplicable el ordenamiento jurídico de algún Estado, si éste es contratante de la Convención de Viena,

⁴ El orden público internacional es una figura utilizada por los diferentes Estados a la hora de avalar dentro de su ordenamiento los efectos de un negocio jurídico celebrado en el ámbito de Derecho Comercial Internacional. Esta figura se basa en los principios fundamentales del Estado donde se pretende homologar el acto jurídico. El ente encargado de analizar el acto lo debe estudiar, de tal forma que, si se homologara el acto tal y como está se desnaturalizaría una gran parte del derecho de este Estado, no es admisible por orden público internacional. De esta forma, se trata de un concepto marco, donde su contenido variará de acuerdo al caso concreto. (Carrascosa Gonzalez, 2008)

porque como se verá más adelante esta tiene una norma de remisión, y para dejarla sin efecto es necesario un pacto expreso.

Aljure Salame señala una lista de consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad cuando se entiende sin restricciones. Las partes pueden:

- Elegir una ley que no tenga vinculación o puntos de contacto con el contrato. Esto lleva a que en muchos casos las partes busquen cuál ley les resulta favorable en diferentes materias, como por ejemplo en tributación y aranceles.
- Las partes pueden congelar la ley escogida, haciendo que no le sean aplicables las modificaciones que sobre esta recaigan.
- Las partes pueden escoger unas disposiciones de la ley y desechar otras.
- Las partes pueden decidir que ninguna ley nacional le sea aplicable al contrato, lo que hace posible el sometimiento del mismo a un sistema *anacional* de reglas de derecho. En caso de que no haya regla material en este conjunto normativo, los árbitros o jueces deberán basarse en principios generales del derecho, y será su libre arbitrio el que creará la norma sustancial – sentencia o laudo.

2.1.1.2. Lex Mercatoria

La *lex mercatoria* tuvo su origen durante la edad media, con la aparición de una nueva clase social conformada por artesanos y comerciantes, quienes demandaban de normas que fueran aptas para regular sus relaciones comerciales; buscaban un conjunto normativo uniforme, el cual fuera acorde a sus actividades. Como lo manifiesta el profesor Walter René Cadena Afanador, en su documento “Impacto en Colombia de la *Lex Mercatoria*”, este derecho medieval conocido como *lex mercatoria*

“Se considera que se trató de un derecho especial de producción autónoma, siendo sus fuentes principales la costumbre mercantil, las disposiciones del poder público (provenientes de las ciudades y los feudos) y los esfuerzos de armonización *interlocal* surgidos de los intercambios comerciales.” (Afanador, SF)

Con el surgimiento del Estado, a medidas del siglo XVII desaparece la *lex mercatoria* y vuelve a surgir con la globalización. Actualmente cuando se hace referencia a ésta, nos referimos a todos aquellos principios, usos y costumbres del derecho internacional, que superan un derecho estatal para convertirse en fuente del Derecho internacional privado, que si bien en principio no es vinculante, las partes pueden pactarlo como normatividad aplicable. Este sistema normativo se vale principalmente de organismos cuya función es compilar toda esta costumbre internacional de los comerciantes, tales como la UNIDROIT, UNCITRAL, la Cámara de Comercio Internacional, entre otros. De lo anterior, es posible entender que el criterio fundamental para catalogar algo como *lex mercatoria* no es tanto el instrumento donde se encuentre consagrado, pues podemos encontrar codificaciones en tratados como la Convención de Viena de 1980, sino su fuente: la costumbre comercial.

Al no ser una norma producida por algún estado de manera que pueda condicionar su existencia, la *lex mercatoria* es autónoma, la cual responde a las distintas necesidades de los comerciantes por no tener que someterse a un ordenamiento jurídico específico. Esta es creada, no solo por los comerciantes, sino también para ellos.

La resolución de conflictos en estos casos se da principalmente a través de tribunales arbitrales. Es por esto que las agencias mencionadas anteriormente han ido creando sus propias sedes de arbitraje, listas de árbitros, reglamentos para los arbitrajes, e inclusive, han impulsado importantes leyes modelo en materia de resolución de conflicto, como por ejemplo la de UNCITRAL, que hoy se encuentra incorporada en Colombia a través de la ley 1563 de 2012.

A continuación expondremos los principales instrumentos de *lex mercatoria* utilizados por los comerciantes en materia de distribución y determinación del riesgo. Estos son: los INCOTERMS, los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales, y la Convención de Viena para los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

2.1.1.2.1. INCOTERMS

Con el paso de los años, se ha venido destacando la necesidad de unificación de la normatividad aplicable a los contratos internacionales, los cuales aumentan cada vez más. Debido a esto, organizaciones tanto públicas como privadas (UNIDROIT, UNCITRAL, ICC, entre otras) han ido expidiendo codificaciones; algunas vinculantes para los Estados partes como la Convención de Viena, y otras dispositivas como lo son los INCOTERMS.

Regulados a través de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los INCOTERMS como reglas aplicables a la compraventa internacional de mercaderías, se dividen en dos grandes grupos. En el Grupo I, se encuentran los términos comerciales que pueden aplicarse a cualquier modo o modos de transporte, mientras que en el Grupo II, se evidencian las reglas aplicables solo al transporte marítimo y vías navegables interiores (ríos y canales). En el primer grupo se incluyen siete reglas INCOTERMS que pueden utilizarse independientemente del método de transporte seleccionado por las partes, y de si emplean uno o más de diferentes clases. Dentro de este grupo se encuentran las reglas: EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP. El segundo grupo se halla conformado por las reglas FAS, FOB, CFR, CIF.

De acuerdo a lo establecido anteriormente, el Grupo I se puede utilizar para cualquier medio de transporte de la mercancía, es decir, se puede utilizar para el transporte marítimo y es obligatorio utilizarlo cuando se trate de transporte no marítimo.

Los INCOTERMS, por tratarse de una consagración normativa de la Cámara de Comercio Internacional, no son una normatividad vinculante como lo serían si tuvieran la categoría de tratado. Actualmente, sólo son vinculantes para las partes que decidan pactarlos expresamente.

La importancia del tratamiento de un capítulo de los INCOTERMS radica en que cada uno de estos se encarga de delimitar el momento de la transmisión del riesgo, y por ende, señala quién deberá correr con la carga de responder por la contraprestación.

Es necesario resaltar nuevamente que si bien cumplen un papel fundamental dentro de la teoría de los riesgos al delimitar en qué momento se da la transmisión de éste, el pacto de un INCOTERM no bastará: siempre será fundamental tener un ordenamiento jurídico de respaldo o un clausulado dentro del contrato que determine algunos elementos, como la definición de fuerza mayor; qué constituye un caso fortuito para la relación jurídica de las partes; o cuándo se entiende que hay una pérdida del bien.

En aras de obtener una comprensión más amplia sobre el tema que nos atañe, se explicará a continuación cada INCOTERM de forma independiente, desarrollando la transferencia del riesgo que es lo que nos incumbe en el presente trabajo.

2.1.1.2.1.1. EXW –EX WORKS

De las 10 reglas INCOTERMS, el término EXW viene a representar el menor grado de obligación para el vendedor, ya que bajo este término el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando sitúa la mercancía a disposición del comprador en sus propias instalaciones, es decir, en el establecimiento del vendedor.

De conformidad con el término EXW, el vendedor asume todo el riesgo de pérdida y daño de las mercaderías hasta que las mismas son entregadas al comprador en lugar del vendedor, pues es allí donde el vendedor cumple con su obligación de entrega, y ocurre la transmisión del riesgo del vendedor al comprador. Dado que mediante esta regla es posible que sea responsabilidad del comprador determinar la hora de embarque de las mercaderías o el destino final de las mismas, cuando este incumpla con dichas obligaciones, él mismo deberá de asumir el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes desde la fecha acordada, o desde la fecha que se tenía como vencimiento para la entrega, siempre y cuando las mercaderías se encuentren plenamente identificadas como los bienes objeto del contrato. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.2. FCA –FREE CARRIER

Dado que la transmisión del riesgo del vendedor al comprador se efectúa en el momento de la entrega, es necesario establecer cuándo ocurre esta. Bajo la presente normatividad, el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando proporciona las mercaderías al transportador u otra persona designada por el comprador para dicho fin, en el establecimiento del vendedor o en otro lugar acordado por las partes. Así el vendedor asume todos los riesgos de pérdida o daño de las mercaderías ocurridos por casos fortuitos hasta el momento de la entrega de las mismas. Una vez sea perfeccionada la entrega, el riesgo es asumido por el comprador.

Sin embargo el comprador puede llegar asumir de una manera prematura el riesgo, cuando el mismo no comunica con antelación al vendedor respecto del nombre del transportador, la fecha y/o el punto exacto para la entrega, y el modo de transporte. En dichos eventos el comprador se verá obligado asumir el riesgo de la pérdida o deterioro de los bienes desde:

- i) La fecha acordada para la entrega.
- ii) En ausencia ésta, desde la fecha en que el vendedor notifica al comprador que el transportador o persona designada por este no ha recogido los bienes dentro del periodo acordado para la entrega;
- iii) Cuando no ha sido notificada la fecha, a partir de la fecha de vencimiento de cualquier periodo acordado para la entrega. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.3. CPT –CARRIAGE PAID TO

De conformidad con el término comercial CPT, el vendedor transmite el riesgo al comprador cuando el mismo entrega las mercaderías al transportador en el país de envío o de embarque. Cuando son utilizados varios transportadores para trasladar los bienes al destino final, la transmisión del riesgo ocurre al momento en el que el vendedor entrega las mercaderías al primer transportador. En este caso es el vendedor quien se encuentra

facultado para escoger el lugar de entrega sin que el comprador tenga algún control. Si las partes desean que el riesgo se transmita en un momento posterior deberán estipularlo en el contrato.

Sin embargo, puede ocurrir que la transmisión del riesgo ocurra con anterioridad a la entrega. Esto se presenta cuando el comprador no comunicó oportunamente al vendedor sobre la hora de envío de las mercaderías, el nombre del destino final, o el lugar específico donde se deben entregar las mismas en el país de destino. En dichos casos, el comprador deberá asumir el riesgo desde la fecha acordada para la entrega o en su defecto la fecha de expiración del periodo convenido para la entrega. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.4. CIP-CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO

Al igual que los INCOTERMS CPT, CFR, o CIF, en este el vendedor cumple satisfactoriamente con su obligación cuando entrega las mercaderías al transportador y no cuando estas llegan a su destino final. Aquí la transmisión del riesgo se encuentra regulada de la misma manera como en el INCOTERM anterior CPT, es decir se transmite al comprador cuando el vendedor ha entregado las mercaderías al transportador en el país de envío o de embarque. Para efectos prácticos en este punto nos remitimos a lo establecido en el INCOTERM anterior. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.5. DAT- DELIVERED AT TERMINAL

El vendedor asume todo el riesgo de pérdida y deterioro de las mercaderías desde que estas salen del país de origen hasta que son entregadas en la terminal del destino final. Una vez las mercaderías son descargadas allí, el comprador asume el riesgo. Se entiende como terminal cualquier lugar, sea cubierto o no; como bodegas, muelle, estación de contenedores, terminal de carga aérea o terrestre. Dado que la transmisión del riesgo se da en la terminal, es necesario que las partes en el contrato especifiquen el nombre de esta, y si es posible un lugar específico dentro de la misma.

Dentro de este INCOTERM, la regla general de transmisión del riesgo también tiene una excepción: cuando el vendedor se comprometió en el contrato a entregar las mercaderías dentro del país, el comprador tendrá la obligación de realizar todas las formalidades aduaneras de importación, por lo que si este incumple con dichos requisitos, el riesgo se transmitirá de una manera prematura, es decir, asumirá la pérdida o daño antes de que los bienes lleguen al punto de entrega.

En este mismo sentido, también puede ocurrir una transmisión del riesgo prematura cuando el comprador facultado bajo el contrato de compraventa para determinar el momento de entrega de las mercaderías dentro de un plazo estipulado y/o el punto de recepción de la entrega dentro de la terminal, incumpla con dar aviso sobre lo anterior al vendedor. En dichos casos éste (el comprador) asumirá el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías desde la fecha acordada de entrega o desde la fecha de expiración de cualquier plazo estipulado para la entrega. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.6. DAP – DELIVERED AT PLACE

Este tipo de INCOTERM puede ser utilizado en cualquier medio de transporte que se seleccione, y también cuando haya más de uno involucrado. Aquí, las partes se ponen de acuerdo en dejar la mercancía en un lugar que ellas mismas determinan, listas para ser descargadas. El lugar debe estar debidamente determinado, pues en caso de que no lo esté podrá llevar a discusiones si hay pérdida de las mercancías.

Aquí, el vendedor tendrá el riesgo hasta el momento que las mercaderías lleguen al lugar señalado por las partes. Desde que el comprador comienza a descargarlas, el riesgo corre por su cuenta. Sin embargo, hay algunas excepciones: en caso de que el comprador no obtenga todas las licencias, autorizaciones, obligaciones de seguridad, o cualquier otra formalidad, correrá con el riesgo en todo momento. De la misma forma, si el comprador no informa al vendedor el momento y/o el punto de entrega dentro del lugar de destino, este asumirá el riesgo durante todo el contrato. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.7. DDP – DELIVERED DUTY PAID

Este INCOTERM significa que el vendedor entrega los bienes cuando los pone a disposición del comprador, cumpliendo con los requisitos para la importación, en el medio de transporte, y listos para ser descargados en el lugar de destino. Para esto, ambas partes deberán estimar el lugar preciso, la fecha y la hora acordada.

Dicho INCOTERM representa la obligación máxima del vendedor, pues deberá encargarse de la mayoría de los costos y tendrá, durante la mayor parte del transporte de las mercaderías, el riesgo de estas.

Aquí, la transferencia del riesgo se produce al momento que el vendedor pone a disposición del comprador las mercaderías en el transporte acordado y preparadas para ser descargadas en el destino final. Sin embargo, excepcionalmente podrá haber una transmisión prematura del riesgo, en los eventos en el que el comprador no preste la ayuda necesaria al vendedor para la obtención de licencias de importación o cualquier autorización oficial, o cuando el mismo no informe al vendedor sobre el momento y/o el punto de entrega. De esta forma, asumirá el riesgo desde la fecha acordada o desde la fecha de vencimiento dentro del plazo acordado. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.8. FAS-FREE ALONGSIDE SHIP

Bajo este término la entrega se produce cuando el vendedor coloca las mercaderías al costado del buque de carga, ya sea sobre el muelle o en barcasas. Es necesario establecer que este INCOTERM solo es utilizado cuando el medio de transporte sea marítimo o en las vías navegables interiores (ríos y canales).

El riesgo de pérdida o daños que puedan sufrir los bienes se transmite del vendedor al comprador cuando las mercaderías se encuentran al costado del barco; desde este instante es el comprador quien asumirá todo el riesgo. En los eventos en que el comprador no avise al vendedor sobre el nombre del barco, el punto de carga y/o el tiempo de entrega; o que el barco no se encuentre en puerto en el tiempo acordado, o cargue antes, o no pueda llevar las mercaderías, deberá el comprador asumir el riesgo desde la fecha acordada o desde la fecha

de vencimiento dentro del plazo acordado para la entrega. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.9. FOB- FREE ON BOARD

De conformidad con esta normatividad, la entrega es llevada a cabo cuando el vendedor descargue las mercaderías dentro del buque designado por el comprador, o en el puerto de embarque en caso que no se estipule embarcación. Desde este momento es el comprador quien asume todos los riesgos.

A pesar de lo anterior, el comprador deberá asumir el riesgo desde la fecha acordada para la entrega o desde el momento de expiración del plazo acordado, cuando el mismo no comunica al vendedor el nombre del buque, el lugar de carga o el tiempo de entrega; o porque el buque designado por él no llega a tiempo, no puede hacerse cargo de las mercancías, o deja de admitir carga antes del momento convenido; siempre que las mercancías hayan sido debidamente determinadas como las mercancías objeto del contrato. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.10. CFR- COST AND FREIGHT

De acuerdo con este término comercial, el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando las mercaderías se encuentran a bordo del buque. Dado que es en el puerto de embarque donde ocurre la transmisión del riesgo, es importante que las partes especifiquen claramente el puerto. Sin embargo, cuando el comprador no avise al vendedor sobre el momento de embarque y/o el puerto destino siendo su obligación, tendrá que asumir el riesgo desde la fecha acordada o desde el momento de expiración del período fijado para el embarque. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.1.11. CIF-COST INSURANCE AND FREIGHT

CIF, significa que el vendedor entrega los bienes a bordo del barco. Al igual que en los términos FOB y CFR, la transmisión del riesgo ocurre cuando las mercaderías se encuentran a bordo del buque. Es en este punto donde el riesgo de pérdida o deterioro deja de estar en cabeza del vendedor y pasa a ser asumido por el comprador. Dado que es en el

puerto de embarque donde ocurre la transmisión del riesgo es importante que las partes lo especifiquen de forma correcta.

Cuando el comprador no avise al vendedor sobre el tiempo en el cual se deben embarcar los bienes, y/o el punto de entrega en el destino final, el comprador asumirá el riesgo desde la fecha acordada o desde la fecha de expiración del período fijado para el embarque. (International Chamber of Commerce, 2010)

2.1.1.2.2. Principios UNIDROIT

Bajo el objeto de la presente tesis, donde la pregunta fundamental gira en torno a quién debe de soportar la pérdida de las mercaderías cuando esta se deba a un hecho no imputable a las partes, los Principios UNIDROIT como uno de los instrumentos internacionales aplicables a la compraventa internacional de mercaderías, en su capítulo séptimo trae la figura de exoneración, la cual busca liberar a la parte que incumplió en razón de una fuerza mayor.

Antes de continuar con el análisis de estos principios, es importante realizar una alusión a la naturaleza jurídica de los mismos. En el año 1994 el Consejo Directivo de la UNIDROIT, publica los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. En palabras de Jorge Oviedo Albán *“los principios son un intento por enunciar reglas comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.”* (Oviedo Albán, 2002 - 1) Acorde con el Preámbulo, estos solo serán vinculantes para las partes en la medida que éstas lo estipulen en el contrato.

“Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberían aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.” (UNIDROIT, 2010)

Dado que los mismos no tienen una categoría de tratado, su fuerza vinculante deriva del principio de la autonomía, al cual se hizo referencia en el capítulo anterior:

“La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, como lo veremos, varios Tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir "principios generales" de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo” (Oviedo Albán, 2002 - 1).

La lectura del preámbulo permite inferir que estos principios pueden aplicarse como ley del contrato cuando las partes así lo estipulen en uso de la autonomía, siempre y cuando los mismos no deroguen las normas imperativas nacionales. Según Oviedo, cuando se utilizan los Principios UNIDROIT como *lex mercatoria*, se está haciendo alusión al sentido amplio de ésta, en cuál se tienen en cuenta todas las fuentes de comercio internacional. Para los autores que consideran los principios UNIDROIT como una manifestación clara de la *lex mercatoria* encuentra su sustento en el tercer párrafo del Preámbulo. Dispone Oviedo Albán lo siguiente:

“Sobre esto, creemos, debe tenerse sumo cuidado, e insistir en que cuando decimos que los principios UNIDROIT hacen parte de la *lex mercatoria* moderna, no confundamos este último término, solamente con los usos y costumbres del tráfico internacional, sino que la utilicemos en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional...” Sin embargo en varios laudos los mismos reflejan la *lex*

mercatoria, los usos y costumbres, o en algunos casos, que son la manifestación de la "justicia natural" o principios generales del derecho.”
(Oviedo Albán, 2002 - 1)

Al los Principios UNIDROIT recoger las prácticas y usos del comercio internacional, inspirar la redacción de distintas leyes modelo y tratados, y en muchas ocasiones ser utilizados por los jueces para dirimir algún conflicto en el ámbito internacional; consideramos que los mismos poseen una naturaleza dualista, en lo cual serán ley del contrato cuando las partes así lo estipulen y a su vez serán un reflejo de la *lex mercatoria*, cuando los mismos sean aplicados por los comerciantes en sus relaciones internacionales.

En relación al tema del incumplimiento por fuerza mayor los Principios UNIDROIT en el artículo 7.1.7 establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 7.1.7

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

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

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

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.” (UNIDROIT, 2010)

La lectura del artículo anterior permite inferir tres aspectos importantes: el primero, es que se le impone como obligación a la parte que incumple, el deber de notificar a la otra respecto de la imposibilidad de ejecución de la prestación, para que la misma pueda ser exonerada del cumplimiento. El numeral tercero exige entonces la notificación acerca del impedimento, y cuando esta no sea llevada a cabo surge la obligación indemnizatoria por los perjuicios económicos que provienen directamente de la falta de comunicación. Aparece entonces una obligación adicional en cabeza de quien sufre la fuerza mayor.

Un segundo aspecto relevante, es la alusión al incumplimiento temporal establecida en el numeral segundo del presente artículo. La posibilidad de suspender el cumplimiento de las obligaciones del contrato mientras dure el impedimento que inesperadamente ha surgido es común en varios ordenamientos jurídicos, incluyendo el colombiano; pues se dice que si al deudor aún con el retraso le siguen representando utilidad los bienes, el deudor deberá cumplir. Es solo cuando los bienes ya no representen más utilidad al comprador que se extingue la obligación por imposibilidad de cumplimiento.

En tercer lugar, delimita los elementos de la fuerza mayor. Estos elementos se resumen en los tres ya mencionados anteriormente: el hecho debe ser ajeno a su control, esto es la exterioridad; debe ser imprevisible; y debe ser irresistible.

En síntesis es posible concluir que de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad las partes podrán utilizar los Principios UNIDROIT como derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, pues no se trata de un instrumento de aplicación supletiva, sino que requiere pacto expreso. A pesar de esto, no debe ser utilizado como mecanismo para la distribución del riesgo, pues solo habla de cuando un incumplimiento no es imputable al deudor y de las consecuencias de este; aunque sí puede ser útil la aplicación de estos cuando no se estipuló ninguna definición de lo que constituye fuerza mayor.

2.1.1.2.3. La Convención de Viena para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Al regular uno de los contratos más importantes en el derecho comercial internacional, la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías parece ser uno de los instrumentos internacionales más utilizados en la actualidad. Su importancia, no solo recae en que contempla disposiciones para unos de los contratos más comunes en el tráfico jurídico, sino en que lo homogeneiza al ser ratificada por más de 80 Estados⁵. Además, esta Convención se caracteriza por tener una doble naturaleza: cuando los Estados son partes, puede entenderse como normatividad interna de estos por su carácter de tratado y debido a la norma de remisión que consagra en su artículo primero. Aparte, también puede ser entendida como *lex mercatoria* debido a su origen (pues proviene de la UNCITRAL y se basó en la codificación de la costumbre internacional comercial), y en los casos que las partes establezcan como normatividad sustancial aplicable a su contrato los principios generales del Derecho comercial internacional, el juez o árbitro podrá tomar la convención como base de su decisión.

Es fundamental establecer que, a pesar de su carácter dispositivo establecido en el artículo sexto, la Convención de Viena puede aplicarse por norma de reenvío así las partes no la hayan pactado expresamente, como lo estipula su artículo primero. Lo anterior nos permite afirmar que la Convención será aplicable cuando el vendedor y comprador tengan sus establecimientos en un Estado contratante, es decir, en Estados que hayan ratificado la Convención; o si las partes no tienen algún establecimiento en un Estado contratante, esta será de aplicación cuando las normas de Derecho internacional privado prevean como ley aplicable la de un Estado contratante (como se explicará más adelante). De esta forma, si las partes no quieren que esta obre como ley aplicable al contrato, deberán excluirla expresamente.

⁵ Esta cifra fue tomada de la página web de la UNCITRAL “Situación actual Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)”, la cual muestra una tabla de los Estados parte de La Convención.

En el artículo sexto de la Convención, es posible identificar el principio de la autonomía de la voluntad material y conflictual, pues le da a las partes la facultad de: primero, excluir dentro de su contrato las disposiciones de la Convención que no desean; y segundo, escoger el derecho aplicable al contrato si será la Convención de Viena o una ley estatal.

La facultad de las partes para escoger como derecho aplicable al contrato una ley estatal de un estado que ha ratificado la Convención, no implica que las partes tácitamente han renunciado a la aplicación de la Convención, como lo sostiene Jorge Oviedo Albán en su libro “Autonomía Conflictual en los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”

“También merece especial comentario la posibilidad de que expresamente se pacte que el contrato se regirá por el derecho de un país que ha adoptado la Convención. Según la jurisprudencia y la doctrina predominante este hecho no es suficiente para deducir que hay una exclusión tácita de aquella” (Oviedo Albán, *Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, 2012)

Como ejemplo se tiene el caso *The Travelers Property Casualty Co. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada ltd*, en el cual las partes habían escogido como ley del contrato la ley del estado de Minnesota. En el caso concreto, el comprador de materiales de construcción instauró una demanda por productos defectuosos en la cual, a pesar de la elección de las partes para aplicar la ley de Minnesota, el tribunal aplicó la Convención de Viena considerando que ambas partes estaban establecidas en Estados que eran parte de la Convención, Estados Unidos y Canadá. (Oviedo Albán, *Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, 2012)

Ahora pasaremos al análisis de la transmisión del riesgo en esta convención. Como se dijo anteriormente, una vez la entrega es llevada a cabo se produce la transmisión del riesgo del vendedor al comprador. Para determinar el momento de la entrega, hay que diferenciar cuando el contrato implica o no transporte. Si el contrato implica transporte se aplicarán

los artículos 67 y 68 de la Convención. Si el contrato no implica transporte, se aplica el artículo 69, es decir, los riesgos se transmiten al comprador cuando él se haga cargo de las mercaderías en el establecimiento del vendedor.

Para determinar quién debe asumir la pérdida o deterioro de las mercaderías después de la transmisión del riesgo, se debe acudir al artículo 66. Este artículo señala que, si el hecho no imputable al vendedor sucede después de haber transmitido el riesgo al comprador, este no quedará liberado de la obligación de pagar el precio.

A partir de un análisis general de la Convención, y de acuerdo a los artículos anteriores es posible concluir que bajo la Convención de Viena la transmisión del riesgo se produce al momento de la entrega, siempre y cuando las mercaderías se encuentren identificadas como las del contrato. En suma, se entiende que hay entrega, en los siguientes casos:

1. Si hay lugar pactado para la entrega, cuando allí se pongan.
2. Cuando hay transporte pero no lugar de entrega, al poner la mercancía en poder del primer porteador.
3. Cuando deban ser determinadas de una masa o producidas, al ponerlas a disposición del comprador en el lugar de manufactura o selección.
4. Si son mercaderías en tránsito, en el momento de celebración del contrato.
5. Desde cuando debió haberse entregado pero no quiso recibir.
6. En los demás casos, con ponerlas en el establecimiento del vendedor. (UNCITRAL, 1980)

Una vez transmitido el riesgo, el comprador es quien asume la pérdida o el deterioro de las mercaderías, pues este a pesar de no recibir las mercaderías o de que estas se encuentren defectuosas tendrá igual que pagar el precio. No puede el comprador pretender que la pérdida o deterioro sean incumplimiento contractual por parte del vendedor y acudir a los remedios consagrados en el artículo 45 de la Convención, pues el hecho que cumpla los

requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad permitirá a la parte exonerarse. Distinto es el caso cuando la pérdida o deterioro se deba a un acto u omisión del vendedor, circunstancia en la cual él tendrá que asumir las consecuencias negativas, y el comprador podrá negarse al pago del precio o hacer uso de los remedios establecidos en el artículo 45 de la Convención.

El carácter de supletivo de las normas de transmisión del riesgo lo señala UNCITRAL en la nota explicativa de la secretaría de esta organización sobre la Convención de Viena, y es importante tenerlo en cuenta a la hora de redactar un contrato. Señala que:

“El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías pasará del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercancías. Las partes podrán resolver esa cuestión en su contrato mediante una estipulación expresa al respecto o remitiendo a alguna cláusula comercial como sería, por ejemplo, alguna de las cláusulas INCOTERMS. La remisión a cualquiera de esas cláusulas excluiría la aplicación de toda disposición en contrario de la Convención sobre la Compraventa de Mercaderías (CIM). Sin embargo, para el caso frecuente en que el contrato no haya previsto nada al respecto, la Convención ofrece un juego completo de reglas supletorias.” (UNCITRAL, 1980)

Las normas de distribución del riesgo son muy generales debido al carácter del instrumento, por lo que pueden no ser muy adecuadas para la mayoría de los casos. La nota explicativa dispone que las principales reglas para la distribución del riesgo son las de venta de mercaderías que se encuentren en tránsito, y la de compraventas que entrañan transporte. El primer caso es muy excepcional, porque normalmente tras una compraventa internacional de mercaderías hay unos tratos preliminares que llevaron al perfeccionamiento del contrato. En el segundo caso se dice que el riesgo se transmite desde que se ponen las mercaderías a disposición del primer porteador. El problema con esto es que generalmente quien tendrá más control sobre los bienes en esta etapa contractual sigue siendo el vendedor, por lo que

no es muy justo trasladarle el riesgo desde este momento al comprador. Es tal vez por lo anterior que la secretaría de UNCITRAL recomienda establecer explícitamente o a través de remisión a normas como los INCOTERMS el momento de traspaso del riesgo.

En adición a lo anterior, es posible decir que a pesar del carácter dispositivo de la Convención de Viena, ésta es de gran aplicación en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. Lo anterior se debe a que la misma será utilizada como ley sustancial del contrato cuando los estados donde las partes se encuentran ubicadas sean Estados contratantes, por lo que éstas deberán expresamente excluir la Convención cuando no deseen aplicar la misma, motivo que le suma importancia al conocer las normas supletivas de transmisión de riesgo que trae este instrumento.

En conclusión, la Convención de Viena tiene una ventaja frente a los principios de UNIDROIT debido que sí trae algunas reglas de distribución de riesgo. Sin embargo, debido a lo general de éstas, siempre se recomienda a las partes estipular dentro del clausulado el momento en el que se traspasa el riesgo o pactar un INCOTERM.

2.1.2. Autonomía de la voluntad material

A pesar de lo desarrollado anteriormente, la importancia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes no se limita a la facultad de éstas sobre la escogencia de la ley aplicable al contrato, que en últimas como se expresó hará referencia a una ley nacional o algún instrumento internacional. Esta autonomía les permite que mediante un contrato rijan su relación jurídica, lo que hace que éste sea un instrumento de la negociación y no viceversa, es decir, que se puedan plasmar detalladamente todas las circunstancias particulares que atañen al negocio.

La regulación del riesgo dentro del marco de una compraventa internacional de mercaderías, es una de las cláusulas principales que se deben considerar a la hora de celebrar un contrato en esta materia. La trascendencia de la autonomía de la voluntad material para el tema que se analiza, radica en que es posible para las partes decidir asuntos como cuáles son los elementos y circunstancias que serán constitutivas de fuerza mayor o

caso fortuito; pactar obligaciones de garantía; estipular una mayor diligencia y cuidado en cuanto a previsibilidad y resistibilidad, entre otras. Adicionalmente, éste es el principal mecanismo para llenar el vacío normativo que deja el INCOTERM pactado en el contrato.

Marcel Fontaine y Filip de Ly ofrecen una clasificación de cláusulas, de las cuales elegimos unas que son importantes en materia del riesgo de las mercaderías. Se trata principalmente de cláusulas de exoneración (*exemption clauses*); cláusulas de limitación (*limitation clauses*); y cláusulas de fuerza mayor (*force majeure clauses*). (Fontaine & De Ly, 2006)

Finalmente, también es posible utilizar la autonomía de la voluntad material para señalar en qué casos no se transmitirá el riesgo a la parte compradora, como lo hacen los INCOTERMS en sus disposiciones, por ejemplo, cuando se incumplen obligaciones de notificación; o en qué casos la parte compradora asumirá el riesgo desde un momento anterior al cual tenía estipulado. Esto adquiere gran importancia cuando hay de por medio actuaciones dolosas o con una negligencia e impericia extremas.

Según los autores citados anteriormente, delimitar el espectro de la responsabilidad a través del uso de la autonomía de la voluntad material trae muchas ventajas para las partes. A través de estas, quien se encuentra obligado va a eximirse de ciertos riesgos, o su contraparte podrá determinar qué riesgos son previsibles y resistibles, haciendo que al momento de su materialización no pueda alegarse como causa extraña.

2.1.2.1. Cláusulas limitativas y exonerativas de la responsabilidad

Una primera forma de autonomía de la voluntad material que puede afectar la relación jurídica en materia del riesgo es a través del pacto de *exemption clauses* y *limitation clauses*. Marcel Fontaine y Filip de Ly, señalan que una cláusula de exoneración es aquella que suprime cualquier responsabilidad u obligación de garantía de la parte relevante. En contraste, una cláusula limitativa, no suprime completamente la responsabilidad, pero si limita las consecuencias de ésta o de una obligación. Ambos tipos de cláusulas están pensados para cuando hay un incumplimiento contractual, a diferencia de las de fuerza

mayor, donde consiste en una falta de cumplimiento por parte del obligado debido a una causa no imputable a éste.

Sin embargo, hay momentos en los cuales una cláusula de fuerza mayor puede entenderse como limitativa o *exonerativa* de responsabilidad: primero, los autores señalan que cuando un ordenamiento jurídico admite la figura de la responsabilidad sin culpa (*faultless or strict liability*) donde el deudor debe responder aún en los casos de incumplimiento por imposibilidad sobreviniente en la ejecución de la prestación, podríamos entender que una cláusula de fuerza mayor modificaría el espectro de la responsabilidad, pues haría que quien en principio hubiera tenido que pagar aunque no hubiera cometido culpa se exonerara con una fuerza mayor no consagrada en el ordenamiento. Sin embargo, consideramos que los autores incurren en una imprecisión en cuanto a la definición que otorgan, dado que en los casos de *strict liability* siempre va a exonerar la fuerza mayor. Con la definición señalada, podemos decir que querrían referirse a las obligaciones de garantía⁶ donde ni la causa extraña exonera, dentro de las cuales sí es válido decir que si dentro del ordenamiento jurídico la obligación del deudor tiene esta calidad y las partes pactan una cláusula de fuerza mayor sí podría decirse que se trata de una cláusula limitativa o *exonerativa* de responsabilidad.

Un segundo caso es cuando de acuerdo a la ley aplicable los elementos que constituyen la fuerza mayor son menos rígidos. Establecer aquí una cláusula de fuerza mayor modificaría la obligación indemnizatoria que pueda surgir, pues dependiendo del caso haría más o menos fácil que se considere un hecho como fuerza mayor, impidiendo en principio el surgimiento de responsabilidad.

⁶ En este caso es importante entender que hay diferentes significados para la expresión “obligación de garantía”. Cuando hablamos de esta dentro del contexto de los tipos de obligaciones, queremos decir que es una obligación donde, en caso de que no se ejecute la prestación, ni siquiera la causa extraña exonera de responsabilidad, por lo que pactar una cláusula de fuerza mayor generaría una limitación u exoneración (Hinestrosa, 2007). Esta acepción se contrasta con la de “obligación de garantía” en compraventa de productos, pues se refiere más a los vicios redhibitorios u ocultos del bien comprado (Abeliuk Manasevich, 2008).

Marcel Fontaine y Filip de Ly señalan que, cuando se suavizan los parámetros o elementos para que se configure una fuerza mayor, es posible afirmar que se tratan de cláusulas limitativas de responsabilidad, pues hacen que el obligado no sea responsable cuando si lo sería por ley. Señalan algunos ejemplos de casos en los que se puede dar esta situación:

1. Cuando el obligado no tiene que probar la imprevisibilidad del evento de fuerza mayor.
2. Cuando no se requiere que el obligado pruebe que el evento de fuerza mayor era irresistible.
3. Cuando, en los casos que la fuerza mayor está suavemente regulada en la ley aplicable dentro del contrato, no se mencionan las consecuencias de la fuerza mayor.
4. Cuando se utiliza el término “razonablemente imprevisible” dentro de la cláusula de fuerza mayor.
5. En los casos que las partes afectan las obligaciones contractuales con la cláusula de fuerza mayor, señalando que no es necesario que haya imposibilidad de cumplimiento de la prestación (ya sea expresamente, u omitiendo tácitamente este elemento). Ponen como ejemplo una cláusula que dice: “*if either party is prevented or delayed in carrying out any of the provisions of this agreement by reasons of...*” (Fontaine & De Ly, 2006).

Es muy difícil encontrar cláusulas *exonerativas* que afecten el riesgo de los bienes dentro del contrato, salvo los casos ya señalados de cláusulas de fuerza mayor que pueden entenderse como exoneración de la obligación. Sin embargo, dentro de las *limitation clauses* sí es posible encontrar algunas que, si bien no interfieren directamente con el traspaso del riesgo o con la fuerza mayor, sí afectan la figura de teoría de los riesgos.

Es necesario destacar una discusión importante: cuando las partes pactan un nivel de diligencia y cuidado para el contrato, ¿se entiende que este aplica también como diligencia y cuidado exigidos para los elementos de fuerza mayor de previsibilidad y resistibilidad? Esta es una discusión que no es pacífica. Salvo que las partes hayan pactado una diligencia

y cuidado diferente para la fuerza mayor, siempre habrá que realizar este análisis. En caso de que se considere que dicho pacto se extiende tanto para el contrato como la fuerza mayor, aquí las cláusulas limitativas en esta materia, a pesar de no regular directamente la figura de fuerza mayor, traerían consecuencias para ésta.

Marcel Fontaine y Filip de Ly dicen que las partes pueden estar pactando una cláusula de este tipo cuando utilizan referencias para sus obligaciones como “*general trade standards*” o “*general trade practices*”. Aquí se entiende que se encuentran utilizando un concepto marco de diligencia y cuidado medio dentro lo estipulado para cada tipo de contrato, por lo que en algunos casos es posible que no se trate de una limitación de responsabilidad sino de reiteración de obligaciones. Podría ser una *limitation clause* cuando la ley aplicable al contrato establece una diligencia y cuidado superior para ese tipo de obligaciones, o cuando los principios generales del comercio internacional para ese tipo de contrato son más suaves que los de la ley sustancial aplicable.

A su vez, hay cláusulas limitativas que no nos interesan para el presente trabajo, como lo son las que transfieren la carga de la prueba, las que limitan la responsabilidad durante un periodo de tiempo, las que limitan el monto de los perjuicios, las que exigen deducibles, la exclusión de los daños consecuenciales, entre otras.

2.1.2.2. Cláusulas de fuerza mayor

Estas cláusulas son la principal forma de regular el riesgo a través de la autonomía de la voluntad material. Si bien la gran mayoría de los sistemas jurídicos tienen una regulación de la fuerza mayor, es común encontrar que las partes plasman su propia regulación en el texto contractual.

Como señalamos en el inicio del presente trabajo, lo que se entiende comúnmente por fuerza mayor es un evento imprevisible, irresistible, por fuera del control de las partes, y que imposibilita la ejecución de la contraprestación. En el acápite anterior que una de las formas de utilizar *force majeure clauses* era limitando la responsabilidad a través de

quitarle la carga de la prueba al obligado de probar uno o varios de los elementos de su definición.

Con base en esto, en el libro *Drafting International Contracts*, señalan que la primera de las formas que utilizan las partes para regular la fuerza mayor es estableciendo cómo se definirá esta figura dentro de la relación de partes. Cuando establecen una definición expresa en el contrato, es posible que dejen de lado algunos elementos constitutivos de la definición general, disminuyendo la exigencia para la fuerza mayor. Así, pueden generarse cláusulas que no incluyan el elemento de irresistibilidad, que no exijan que la prestación sea absolutamente imposible sino que dificulte ampliamente su ejecución, entre otras cosas.

Otra opción que tienen las partes para definir estos eventos, es referir a una fuente externa de interpretación, como es el caso de la siguiente cláusula:

“The sellers shall not be held responsible for late delivery or non-delivery of the goods owing to generally recognized force majeure causes” (Fontaine & De Ly, 2006)

Estos criterios externos pueden generar problemas a la hora de determinar cuál es el ordenamiento jurídico en el cuál se va a basar este análisis. Puede ser que las partes quisieran referirse a doctrina, la jurisprudencia, a la ley que rige sustancialmente o a *la lex mercatoria*. Sin embargo, al igual que otros asuntos en esta materia, será el árbitro o el juez quien determinará cuál es el contenido de la figura.

Finalmente, es posible que las partes no estipulen ninguna definición expresa ni determinen criterios externos de interpretación. Los autores señalan, y consideramos que están en lo correcto, que en estos casos lo que debe hacerse es referirse a la ley sustancial que rige el contrato.

Según estos autores, un segundo tipo de cláusulas de fuerza mayor son aquellas que enumeran los eventos que han de entenderse como tales. Estas enumeraciones pueden

hacerse a través de listas, enumeración de eventos (de manera ilustrativa) dentro de la definición y/o delimitar los hechos que se excluyen de fuerza mayor.

2.2. Metodología del derecho internacional privado

Delimitar quién tiene el riesgo de una mercadería puede ser determinante para asuntos como resolver qué suerte corre la contraprestación en caso de pérdida del bien, si hay responsabilidad por el incumplimiento, o saber quién será el legitimado para reclamar la indemnización en materia de un contrato de seguro. Como señalábamos en acápites anteriores, lo más acostumbrado por las partes es pactar un INCOTERM. Sin embargo, hay posibilidad de que las partes guarden absoluto silencio dentro del contrato respecto de la ley aplicable y que no determinen en ninguna cláusula cómo se va a regular el riesgo dentro de su relación jurídica. Cuando esto sucede, en palabras de Camilo Armando Franco Leguizamo

“existiendo un contrato, sin disposición al respecto, se acudirá a los criterios sentados por los principales usos y costumbres en la materia, es decir a la *lex mercatoria*, o bien, a una disposición, que en virtud de la naturaleza del negocio, sea aplicable al contrato, piénsese p. ej. en una compraventa internacional de mercaderías, o en un contrato de transporte aéreo internacional, en las que operarán los artículos 79 de la Convención de Viena, y 20 del Convenio de Varsovia, respectivamente” (Franco Leguizamo, 2009)

A pesar de lo afirmado por este autor, se debe hacer una precisión: en principio, cuando un juez conoce de un asunto, va a intentar aplicar su normatividad interna o *lex fori*, por ser esta la que él conoce y con la que se encuentra más familiarizado. Esta es una de las primeras cosas que pretende evitar un pacto realizado en uso del principio de la autonomía de la voluntad.

Así, siempre será el juez que dirimirá el conflicto quien decida qué normatividad va a aplicar. Cuando el juez conoce de contratos internacionales existe la posibilidad que, como

afirma Franco Leguizamo, acuda a la *lex mercatoria* como norma sustancial. Sin embargo también tiene otro camino: aplicar una norma de conflicto⁷.

La aplicación de una norma de conflicto, como lo señala el autor Aljure Salame, puede variar según si es aplicada por un juez dentro de un ámbito nacional, o por un árbitro en materia internacional; pues el primero tendrá que someterse al orden público de su Estado, mientras que el árbitro no tiene que soportar un ordenamiento jurídico tan rígido, sino que su marco lo encontrará en la *lex mercatoria*.

Este autor también describe varias teorías que se podrían utilizar en caso de que las partes guarden silencio. Una primera es la teoría de la localización del contrato expuesta por los autores Battifol y Lagarde. Según como los cita Aljure Salame, esta acepción consiste en que “*las partes localizan su contrato, el juez deduce la ley aplicable*” (Aljure Salame, 2011). Esta teoría se vale de diferentes “elementos materiales” para determinar qué lugar buscaban las partes que rigiera el contrato. Aquí hay que determinar cuál es el elemento de vinculación que llena de contenido el concepto de localización: puede tratarse del lugar de ejecución de la prestación principal, del lugar de celebración, el de firma del instrumento en el que conste el negocio jurídico, entre otros.

Los autores Battifol y Lagarde señalan que, cuando las partes pactan expresamente una ley esta no necesariamente es la que deberán aplicar los jueces como normatividad sustancial aplicable, y que en todo caso quien dirima el conflicto deberá remitirse a la localización del contrato. De esta forma, la ley estipulada por las partes no sería más que otro elemento de localización del contrato. Consideramos que aplicar esta teoría podría llevar a contradecir uno de los principales pilares del Derecho internacional comercial, que es la autonomía de la voluntad, la cual solo se puede dejar sin efecto cuando medie una afectación del orden público internacional.

⁷ Es importante diferenciar autonomía de la voluntad conflictual a norma de conflicto. La autonomía de la voluntad conflictual es aquella que le permite a las partes elegir a través de que norma regirá su contrato. Diferente de la norma de conflicto, que es aquella que, en virtud del silencio de las partes, indicará a quien haga las veces de juez (sea juez o árbitro) qué normatividad es la que rige el contrato. (Aljure Salame, 2011)

Nuestra posición es respaldada por el *Instituto de Derecho Internacional*, quienes determinaron unos criterios que delimitan la aplicación de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de derecho privado. Los cita Aljure Salame:

“1. Que la autonomía de la voluntad excluye el reenvío, salvo acuerdo en contrario (art 2.2)

2. Que si no hay manifestación expresa de la autonomía de la voluntad, esta ha de deducirse de las circunstancias significativas que indiquen claramente la voluntad de las partes (art. 3.2)

3. Que la autonomía de la voluntad no prima sobre la ley imperativa del foro”
(Aljure Salame, 2011)

El primero de los criterios, lo que hace es establecer la primacía de la autonomía de la voluntad sobre cualquier otra norma de reenvío, lo que excluye la aplicación de la teoría de la localización del contrato. En el segundo criterio, se consagra una norma de remisión a través de los elementos de vinculación del contrato. El tercer criterio, establece la excepción única a la autonomía de la voluntad (Orden público internacional).

En conclusión, para el *Instituto de Derecho Internacional*, la forma para determinar la ley aplicable a un contrato es la autonomía de la voluntad sustancial. Cuando no medie pacto en la materia, debe deducirse, a través de las diferentes actuaciones (actas, comunicaciones) y elementos del contrato (lugar de ejecución, lugar de perfeccionamiento, entre otros) cuál es la intención de las partes. Se diferencia de la teoría de la localización del contrato en cuanto que esta no concede primacía a la autonomía de la voluntad.

Como nos encontramos frente al Derecho internacional privado en un asunto donde no hay homogeneización, como se dijo en un principio, dependerá del juez que conozca del conflicto el determinar cuál será la normatividad aplicable. Sin embargo, por la importancia que representa el Instituto de Derecho Internacional, podríamos decir que es la normatividad que pueda aplicarse más fácilmente.

3. Consecuencias de la aplicación de la teoría de los riesgos y la responsabilidad del vendedor cuando hay incumplimiento no imputable

Si bien muchos de los instrumentos brindan algunos parámetros para encontrar las reglas de distribución del riesgo, no siempre nos brindan todos los elementos necesarios para aplicar la teoría de los riesgos, pues fallarán al momento de hablar de las consecuencias de ésta, o en dar una definición suficiente de fuerza mayor.

El objetivo de la teoría de los riesgos es principalmente determinar cuál es la suerte que corre la contraprestación cuando el bien objeto del contrato se pierde o se deteriora, y además quién debe correr con las consecuencias de la imposibilidad temporal de cumplimiento de la obligación imputable a una fuerza mayor o a un tercero. Sin embargo, no se puede dejar de lado que en muchos casos también puede constatarse, a través de la aplicación de teoría de los riesgos pero sin ser propiamente ésta, quién debe soportar los perjuicios que genera el incumplimiento no imputable al vendedor. Es importante reiterar que no se busca equiparar la teoría de los riesgos a la responsabilidad civil, sino que lo que se intenta es analizar ambas figuras, la segunda más someramente, por efectos metodológicos.

Debido a esto, es importante saber qué consecuencias trae cada uno de los instrumentos para la contraprestación y respecto a la responsabilidad frente a los supuestos señalados desde el comienzo: cuando hay pérdida total de la mercadería, cuando se suspende temporalmente el cumplimiento de la obligación, y cuando hay un deterioro causado por una fuerza mayor. Adicionalmente, es importante analizar cuáles son las consecuencias particulares de la distribución del riesgo en los contratos de compraventa internacional de mercaderías para los casos en los cuales los supuestos anteriores son imputables a un tercero.

3.1. Cuando hay imposibilidad total del cumplimiento de la prestación

Inicialmente, la principal consagración que encontramos en teoría de los riesgos para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la trae la Convención de Viena en su artículo 66, señalando que si los bienes se pierden luego de transmitirse el riesgo para el acreedor, esto no extingue su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida sea imputable al vendedor a título de acción u omisión.

Lo anterior se aplica en presente caso elevado ante la Cámara de Apelaciones Argentina de lo Comercial. El vendedor, una empresa coreana, celebró un contrato de compraventa con una empresa china, para la compra de papel de arte. Las mercaderías serían transportadas en barco, pero en el transcurso del viaje el buque se hundió provocando la pérdida de las mercaderías. Ante la falta de las mercaderías el comprador se negó a pagar el precio por lo que el vendedor demandó ante el tribunal de arbitramento en China. El tribunal de arbitraje aplicó como ley sustancial del contrato la Convención.

El tribunal consideró que el vendedor había cumplido con su obligación de entregar las mercaderías, y que el riesgo de pérdida había pasado al comprador cuando las mismas habían pasado la borda del buque. Debido a esto, el comprador no se exoneraba de su obligación de pagar el precio. (China International Economic & Trade Arbitration Commission: Partes confidenciales, 1997)

Respecto de la responsabilidad, la Convención de Viena señala que cuando el incumplimiento del vendedor de entregar las mercaderías se debe a un impedimento ajeno a su voluntad que al momento de celebrar el contrato era imprevisible e irresistible, no será responsable por los perjuicios que esto pueda acarrear al comprador.

Los principios UNIDROIT para contratos internacionales también consagran la posibilidad de que exista una pérdida total de la mercadería dentro de la regulación de la fuerza mayor, que lleva a un incumplimiento total no imputable al vendedor. El artículo 7.1.7 señala en su primer numeral que el incumplimiento de una parte se excusa cuando cumpla tres requisitos: exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Sin embargo, aquí parece estarse

hablando simplemente de la forma de exonerarse de la parte de responsabilidad y no de la aplicación de la teoría de los riesgos en sí. Además, esta norma no es clara respecto del alcance del “excusar a la parte”, ¿significa entonces que la obligación no se extingue sino que se suspende su cumplimiento? ¿se referirá únicamente al no surgimiento de responsabilidad contractual?

En el último numeral del mismo artículo, se dice que la existencia de un incumplimiento causado por una fuerza mayor no impide que las partes puedan resolver el contrato, suspender su cumplimiento, o reclamar intereses por el dinero debido. De estos, la resolución del contrato es la única que puede aplicarse cuando hay una imposibilidad total de cumplimiento, por lo que los otros dos se analizarán en el siguiente acápite.

La resolución según estos principios, es un remedio que se tiene cuando hay una “falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte” que constituya un incumplimiento esencial, así este incumplimiento no le sea imputable. Este artículo trae unos parámetros que permiten determinar qué es incumplimiento esencial:

- Cuando se incumple la obligación principal de medios de manera tal que no es suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Esto no aplica en compraventa, pues siempre se tratará de una obligación de resultado.
- Cuando la obligación era de resultado, y este no se logró.
- Cuando hubo incumplimiento intencional o temerario, esto es, cuando el incumplimiento se deba a un dolo o culpa grave.
- El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. Esto es común que suceda principalmente en contratos de tracto sucesivo.

La versión integral de los principios UNIDROIT señala en conclusión a lo anterior que, si bien la parte mantiene el derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento generado por una fuerza mayor es sustancial, este incumplimiento no genera responsabilidad civil (UNIDROIT, 2010). La resolución no es un remedio de responsabilidad contractual, pues

no busca reclamar los perjuicios que sufrió la parte como consecuencia del incumplimiento del contrato, sino volver a un estado previo a la celebración de este. Además, tampoco es consecuencia de la aplicación de la teoría de los riesgos, por lo que no es de nuestro interés.

En suma, lo consagrado en los principios UNIDROIT es de muy poca utilidad para analizar las consecuencias de la teoría de los riesgos y como se señaló en el segundo capítulo solo es útil para ésta porque otorga una definición de lo que se considera por fuerza mayor. A pesar de esto, el articulado presenta utilidad para la exoneración de la parte de responsabilidad cuando el incumplimiento no le es imputable, lo que hace que el acreedor tenga que cargar con los perjuicios que sufra en razón a esto.

Ahora, también se analizarán algunos laudos que pueden dar luces de la aplicación de la teoría de los riesgos cuando hay una imposibilidad total de cumplimiento de la prestación. En uno de los laudos arbitrales del panel de Comisionados⁸ en el cual se analizan las reclamaciones establecidas por parte de los gobiernos, individuos, y corporaciones en razón de la ocupación de Kuwait por Iraq. El Panel estableció que a pesar que la invasión y ocupación de Kuwait podría ser considerada como un evento de fuerza mayor que pudo haber excusado al concesionario de automóviles de su deber de entregar los vehículos, este evento no lo eximiría de obligación de devolver el pago al comprador.

“While the Panel notes that the invasion and occupation of Kuwait might have given rise to a hardship or force majeure situation that may have excused the automobile dealer from his duty to deliver the new car, the event would not, under principles of international commercial contract law, excuse him from his alternative obligation to return the Claimant's deposit. / Accordingly, the Panel does not consider the automobile dealer's refusal to return the Claimant's

⁸ Tras la creación de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (la "Comisión") por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se establecieron seis reclamaciones divididas en categorías en las que los individuos, las corporaciones y los gobiernos podrían solicitar una indemnización por las pérdidas que se derivaron de la invasión y ocupación de Kuwait por Iraq. Con base a la clasificación de los demandantes de sus reclamaciones, 42 gobiernos y 3 organizaciones internacionales presentaron 298 reclamaciones de las que pedían una indemnización por un total de aproximadamente 141 mil millones de dólares de los Estados Unidos ("US \$") por sus alegadas pérdidas. (United Nations Compensation Commission, 1997)

deposit to constitute a direct loss within the meaning of paragraph 16 of resolution 687 (1991). Although the Claimant may have a claim against the automobile dealer, this Commission is not the proper forum for its adjudication.” (United Nations Compensation Commission, 1997)

De este laudo puede deducirse que cuando hay una imposibilidad total de cumplimiento, el riesgo es del deudor de la obligación de dar los vehículos, pues si bien queda “excusado” de entregar las mercaderías, tiene la obligación de devolver el pago que ya ha recibido por este concepto, esto es, no recibirá ninguna contraprestación. Esto confirma que se le da aplicación a la regla general de la Convención de Viena, donde hasta antes de la entrega el riesgo es del deudor.

En relación con los hechos del hombre que pueden constituir un impedimento total en los términos del artículo 79 de la Convención, es decir, una causa extraña, la Cámara de Industria y Comercio de Bulgaria, en el laudo arbitral del 24 de abril de 1996, consideró que las prohibiciones de exportación impuestas por las autoridades gubernamentales de un estado constituían un impedimento. A pesar de que en dicho laudo no se concedió la exoneración, puesto el impedimento alegado por el vendedor era previsible al momento de celebrar el contrato, la Cámara de Industria y Comercio de Bulgaria indicó que dicha prohibición podía constituir un impedimento. En el caso un vendedor ucraniano celebró un contrato con un comprador de Bulgaria para la venta de carbón en cual se estableció que el 10% del precio debía ser pagado dentro de los diez días siguientes a la entrega del carbón en el puerto de destino. Dado que una parte del carbón entregado no era de la calidad esperada las partes llegaron a un acuerdo, en el cual se encargó a una organización independiente para que realizara el examen de calidad del carbón entregado.

El conflicto surgió, cuando el vendedor no entregó la cantidad de carbón que habían acordado en el contrato, en su defensa el vendedor alegó que el incumplimiento se debía a una prohibición de las exportaciones por el gobierno de Ucrania y una huelga de mineros ucranianos. En su análisis el tribunal consideró que a pesar de que la prohibición de las exportaciones de carbón por parte de la autoridad pública representaba un impedimento

fuera del control del vendedor, dicha prohibición ya estaba en vigor en el momento de la celebración del contrato y, por tanto, era previsible. Respecto a la exoneración por no haber entregado las mercaderías (carbón) a causa de una huelga de los mineros, el tribunal rechazó la petición porque el vendedor ya estaba en mora cuando se produjo la huelga. (Bulgarian Chamber of Commerce and Industry 24c de mayo de 1996, 1996)

Siguiendo la línea casuística que se ha desarrollado, el siguiente fallo del tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia del año 1995, en el cuál el comprador buscaba exonerarse, alegando como fuerza mayor la falta de divisas. Un vendedor alemán (demandante) presentó una demanda contra un comprador ruso (demandado) en relación con la falta de pago por parte del comprador por los equipos suministrados. El comprador declaró que su falta de pago se debía a una culpa del banco, para lo cual el banco alegó que no transfirió las sumas de dinero a la cuenta del vendedor debido a que el comprador no contaba con las reservas suficientes en su cuenta para hacer el cambio a la moneda extranjera. El comprador solicitó al tribunal la exoneración de responsabilidad debido a que la falta de recursos disponibles en moneda extranjera debía ser considerada como fuerza mayor.

El tribunal consideró que la falta de divisas no constituye un evento de fuerza mayor, ya que la misma no se encontraba dentro de la lista de eventos constitutivos de fuerza mayor pactada por las partes en el contrato. El Tribunal falló a favor del vendedor. (Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia: partes confidenciales, 1995)

Los fallos anteriores permiten comprender como en la práctica internacional, primero se analiza si el evento es constitutivo de fuerza mayor o no, para luego decidir si la parte afectada por dicho suceso se exonera o no del cumplimiento de su obligación.

De acuerdo al artículo 79 de la Convención para que una parte pueda exonerarse del cumplimiento, el incumplimiento debe ser causado por un impedimento que “no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta [...] en el momento de la celebración del

contrato”. Con relación a este requisito el tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, del año 1995, negó la exoneración al vendedor, al considerar que el mismo no se cumplía.

Un vendedor ruso celebra con un comprador alemán un contrato para el suministro de productos químicos dentro de un periodo de tiempo determinado (cuarto trimestre de 1992). El vendedor no cumple con la entrega de los bienes en el periodo acordado, por lo cual el comprador insiste al vendedor a que cumpla con su obligación e informa al vendedor que está dispuesto a otorgarle una prórroga. Ante el incumplimiento por parte del vendedor el comprador se ve obligado a comprar dichos productos a un tercero, y demanda al vendedor por incumplimiento de contrato, reclamando una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del vendedor, los cuales consistían en la diferencia entre el precio de los productos establecidos en el contrato y el que pago al tercero.

En la respuesta a la reclamación, el vendedor argumentó que no había entregado las mercaderías a causa de una interrupción de la producción, por una emergencia, en la planta del proveedor que fabricaba las mercaderías para él. El tribunal acude al artículo 79 de la Convención para considerar al demandado como responsable. En su análisis, el tribunal argumentó que la negativa por parte del fabricante de los productos a suministrar los mismos, no podría considerarse como una causa extraña, puesto que no había sido probado en el proceso que dicha circunstancia no podía haber sido razonablemente esperada. (Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia: partes confidenciales - 2, 1995)

3.2. Cuando hay una fuerza mayor que suspende el cumplimiento de la prestación

Como explicábamos anteriormente, los principios UNIDROIT señalan en su artículo 7.1.7, (ya citado dentro del presente trabajo) las consecuencias de un incumplimiento imputable a una fuerza mayor, y particularmente, la posibilidad de que una fuerza mayor (o excusa como lo denomina el artículo) suspenda el cumplimiento de la prestación. Del análisis de

esta normativa se delimitan los siguientes elementos, necesarios para que la parte se “excuse” de ejecutar temporalmente la prestación:

- a. Elementos de la fuerza mayor: la excusa debe corresponder a un hecho ajeno al control de la parte incumplida, y que al momento de celebrar el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. Lo anterior no es más que una consagración de los elementos que mencionábamos anteriormente como los constitutivos de fuerza mayor, esto es, exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad.
- b. Temporalidad de la excusa: La excusa que impida el incumplimiento es solamente temporal, por lo cual no extingue la obligación sino que la suspende hasta el momento que cese esta fuerza mayor.
- c. Razonabilidad del término de suspensión: el término de suspensión del cumplimiento de la obligación debe ser razonable. Los principios traen una unidad de medida de esta “razonabilidad”, y es que debe ser proporcional al impacto del impedimento. Esta medida no es muy exacta, por lo que puede traer inseguridad jurídica para las partes, al ser de una interpretación ambigua.
- d. Notificación de la excusa: el artículo trae una obligación para el deudor de notificar a la otra parte en un tiempo razonable del impedimento, desde que lo conoció o debió haber conocido. En caso de no notificar, quien incumplió tendrá que indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

También hay que resaltar que si bien los principios UNIDROIT tratan sobre el retardo que se deba a una fuerza mayor, no afirman expresamente quién tiene que asumir el retardo: ¿será que el comprador tiene que recibir tarde, así no tenga interés en la mercancía? O ¿será el vendedor quien tiene que quedarse con los bienes y no recibir la contraprestación en los casos que la prestación ya no sea de interés para el acreedor?

Lo primero que es posible deducir, es que si la parte afectada por la fuerza mayor cumple con el deber de notificar la causal a la otra parte, esta no tendrá que cargar con los perjuicios que le genere este incumplimiento no imputable, siendo esto aplicable tanto al incumplimiento total como al temporal. Sin embargo, esto se invierte cuando no se cumple con la obligación de notificación que estipula este artículo. Esta estipulación no es más que la consagración de la buena fe, en tanto que el deudor debe mitigar el daño que puede sufrir el acreedor con una imposibilidad temporal o total de cumplimiento.

Respecto de la exigencia de notificación, en el siguiente laudo arbitral del Centro de Arbitraje en México del 30 de noviembre de 2011 (partes confidenciales), es posible evidenciar que a pesar de que el hecho sea notorio el mismo se debe notificar. En el referido laudo, las partes se refirieron a los Principios UNIDROIT como la ley aplicable para resolver las controversias que pudieran surgir.

En este caso un productor mexicano celebró un contrato por el término de un año, dentro del cual se comprometía a producir cantidades específicas de pepinos y calabazas, y entregarlas a un distribuidor americano bajo un régimen de exclusividad. Como contraprestación, el distribuidor debía comercializar las mercancías en el mercado de California por una comisión. El distribuidor estadounidense demandó al productor por incumplimiento en la entrega y solicitó la resolución del contrato, así como el resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de la incapacidad del demandado de proporcionar los bienes. También pidió el pago de la sanción prevista en el contrato en caso de violación de la cláusula de exclusividad, argumentando que el demandado vendió directamente a sus compradores. Por su parte el demandado objetó que su falta de entrega de los bienes se debió a la destrucción de los cultivos por una serie de tormentas extraordinariamente intensas e inundaciones causadas por el fenómeno meteorológico conocido como "El Niño", constituyendo unos eventos de fuerza mayor, y por lo tanto que fuera excluido de cualquier responsabilidad derivada de su parte.

En cuanto al argumento del demandado que las tormentas e inundaciones que destruyeron los cultivos constituyen un caso de fuerza mayor, el tribunal arbitral sostuvo que dichos

eventos no cumplían todos los criterios establecidos en el artículo 7.1.7 (1) de los Principios de UNIDROIT de la definición de fuerza mayor: de hecho, mientras que las tormentas y las inundaciones se encontraban por fuera del control del acusado, su aparición no puede considerarse imprevisible por el demandado que en el curso de su actividad de larga data en el sector agrícola ya se habían experimentado eventos similares.

“Dadas las determinaciones del párrafo anterior, el Tribunal sostiene que la excluyente de responsabilidad civil contractual consistente en fuerza mayor no se acreditó por lo que no libera de responsabilidad a la Demandada por el incumplimiento de la obligación de suministro de Productos a la Actora.” (30 de noviembre de 2011 (partes desconocidas), 2011)

A su vez como razón adicional para confirmar la responsabilidad del acusado por su incumplimiento, el Tribunal consideró que el demandado no dio aviso al reclamante de los hechos que impedían su cumplimiento como lo establece el artículo 7.1. 7 (3) de los Principios de UNIDROIT

“En opinión del Tribunal el que sea un hecho notorio no exceptúa la obligación de notificar. La notoriedad de la existencia de un evento no necesariamente implica que el impacto del mismo sobre el deudor sea la imposibilidad de cumplimiento de dicha obligación, y tampoco puede suponerse que el acreedor así lo entendería; ello es justamente lo que motiva la existencia de la obligación de notificar.” (30 de noviembre de 2011 (partes desconocidas), 2011)

Un segundo asunto a aclarar es lo que señala el último numeral del artículo 7.1.7. de los principios UNIDROIT. En el acápite anterior, se desarrolló el tema de la resolución, y cómo este no es un remedio de responsabilidad contractual ni distribuye consecuencias del riesgo de pérdida o imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, se dejó pendiente lo atinente a la posibilidad de suspender la obligación por las partes y la potestad de exigir pago de intereses del dinero debido.

El artículo al consagrar para las partes la posibilidad de suspender la ejecución de la prestación, puede llevar a dos interpretaciones: en primer lugar, puede tratarse de lo que en Colombia se llama excepción de contrato no cumplido, consagrado en el artículo 7.1.3. de los principios UNIDROIT. Si este es el caso, no tiene nada que ver con la teoría de los riesgos.

Una segunda posibilidad, es que esté señalando las consecuencias de una imposibilidad temporal de cumplimiento y que se encuentre estipulando una regla para la teoría de los riesgos. Si la norma tuviera como consecuencia la terminación del contrato cuando hay una imposibilidad temporal, podría llegar a afirmarse que quien tiene que asumir las consecuencias sería el deudor. Sin embargo, al decir simplemente que se suspende el cumplimiento de la obligación hasta tanto no cese el impedimento, se está prorrogando la posibilidad de cumplir dentro del contrato, y el comprador tendrá que recibir una vez cese la suspensión. Esta segunda interpretación es un poco más forzada que la primera.

Respecto de la posibilidad de recibir los intereses por el dinero debido, no se trata en ningún momento de un remedio de responsabilidad civil. Se trata de la consagración del principio de que nadie puede enriquecerse sin causa: como el comprador estuvo trabajando con dinero que era legítimamente del vendedor pero no se ha pagado porque no ha habido entrega de los bienes, este debe pagar por el uso del dinero que debía ser de él, pero no percibió sino hasta el momento del pago por una fuerza mayor.

Un tercer y último asunto de este artículo es que, a pesar de que en el mismo no se establece expresamente que el acreedor deba recibir después de suspendido el término, en la interpretación de éste que se encuentra en la versión integral de los principios UNIDROIT, se consagra el siguiente ejemplo:

“A contracts to lay a natural gas pipeline across country X. Climatic conditions are such that it is normally impossible to work between 1 November and 31 March. The contract is timed to finish on 31 October but the start of work is delayed for a month by a civil war in a neighboring country which

makes it impossible to bring in all the piping on time. If the consequence is reasonably to prevent the completion of the work until its resumption in the following spring, A may be entitled to an extension of five months even though the delay was itself of one month only."

Este ejemplo permite reforzar la interpretación señalada anteriormente, de que la suspensión de la obligación cuando hay imposibilidad temporal de cumplimiento lo que hace es generar en los principios UNIDROIT una regla de la teoría de los riesgos, donde será el acreedor quien tiene que soportar las consecuencias de la suspensión, teniendo que recibir luego que el impedimento cese y debiendo darle al vendedor un tiempo razonable para cumplir su obligación de acuerdo con la naturaleza del impedimento.

Respecto a la consagración de la imposibilidad temporal de cumplimiento en la Convención de Viena, encontramos que se habla de esta principalmente en la exoneración. Dice que la parte no será responsable del incumplimiento de las obligaciones cuando ésta se deba a una fuerza mayor, pero solo aplicará esta exoneración mientras que dure el impedimento. Sin embargo, al igual que en el caso de los principios UNIDROIT, no se establece expresamente ninguna consecuencia de la teoría de los riesgos. Aquí también se consagra el deber de notificación.

Hay un caso que ilustra lo desarrollado en el presente acápite. Sin embargo, este versa sobre la prestación de pagar el dinero por parte del comprador. Una compañía yugoslava celebró un contrato de compraventa con una compañía húngara para la venta de caviar. De acuerdo al contrato el comprador debía recoger el caviar en el establecimiento del vendedor. Además, se pactó que el pago debía realizarse dos semanas después de la entrega de las mercaderías.

La fecha de pago coincidió con la entrada en vigor en Hungría del embargo de la ONU contra Yugoslavia, por lo que el vendedor asignó la reclamación del precio a una compañía ubicada en Chipre. El comprador reconoció la forma de pago, sin embargo, incumplió con el pago de las mercaderías bajo el argumento de que el embargo de la ONU era una fuerza

mayor. El tribunal consideró que los daños causados por la fuerza mayor debían ser asumidos por la parte que tuviera el riesgo, en el caso concreto el comprador, por lo que concluyo que el comprador debía de pagar el precio de las mercaderías más intereses. (Arbitration Court of *the* Chamber of Commerce and Industry of Budapest: Partes confidenciales, 1996)

3.3. Cuando hay una fuerza mayor que deteriora las mercaderías

En los principios de UNIDROIT no hay ninguna consagración frente a quien debe soportar el deterioro de las mercaderías. Sin embargo, la Convención de Viena sí lo hace cuando habla del riesgo en el artículo 69, establece que una vez transmitido el riesgo, el deterioro de las mercaderías no imputable al vendedor no exonerará al comprador del pago del precio. Aquí se consagra la norma general, que se encuentra consagrada en Colombia.

Sin embargo, lo anterior también nos lleva a entender que cuando las mercaderías sufren un deterioro antes de la transmisión del riesgo, quien sufre la carga es el deudor. Cuando este sucede el deudor se exonera de pagar perjuicios siempre y cuando el deterioro sea causado por una fuerza mayor, pero tendrá que realizar diferentes acciones, ya que el acreedor sigue teniendo derecho a recibir un cumplimiento completo, oportuno y sin defectos. Estas actuaciones para cumplir podrán ir desde la reparación de las mercancías, hasta el reemplazo por otras de iguales características.

El deterioro de la mercadería en manos del deudor causado por un hecho no imputable a las partes, puede llevar a un impedimento temporal del cumplimiento mientras el vendedor toma las acciones necesarias para cumplir. Durante este tiempo se aplica el régimen señalado en el capítulo 3.2. del presente trabajo.

Un primer caso que puede indicar la regla en el presente supuesto es el siguiente: el demandado (comprador) dueño de una pizzería en Alemania, ordenó 90 cajas de cartón para pizza a un fabricante italiano (vendedor) y acordaron el pago del precio de forma anticipada. Cuando las cajas fueron entregadas al comprador en julio de 1998, estas mostraban daños causados por el transportador. En dos ocasiones anteriores el vendedor

había reconocido el valor de los daños y perjuicios por el deterioro que presentaban las mercaderías (las cajas de cartón), pero en esta ocasión no fue así. En octubre de 1998 el comprador volvió a ordenar cajas de cartón para pizza al vendedor, las cuales fueron entregadas al comprador sin ningún deterioro a su entera satisfacción. El comprador no pagó el precio de estas mercaderías, pues lo utilizó como compensación por el pedido entregado en julio, el cual se encontraba defectuoso. En consecuencia el vendedor demandó el pago de dicho pedido, pero el comprador se negó a pagar. El vendedor demandó ante el tribunal de Duisburgo en Alemania para reclamar el pago de las mercaderías y en su defensa, el comprador alegó que se había pactado como lugar de entrega Duisburgo, por lo que el vendedor soportaba el riesgo de las mercaderías hasta que las mismas fueran entregadas en dicho lugar.

El tribunal aplicó la Convención, y consideró que en virtud del artículo 31, el comprador tenía la obligación de demostrar el supuesto acuerdo sobre el lugar de entrega. Dado que el comprador no había podido probar esto, aplicó la regla general establecida en el artículo 31, bajo la cual, el vendedor solo se encontraba obligado a entregar las mercaderías al transportista, por lo que el mismo no era responsable por los daños que este causara a las mercaderías. Dado que el riesgo de los bienes había sido trasladado al comprador, y que el daño de las mercaderías no se debía a una omisión por parte del vendedor, el tribunal consideró que el comprador tendría que pagar el precio de las mercaderías. (Tribunal AG Duisburg: partes confidenciales, 13)

Otro caso que puede ilustrar el tema es una demanda presentada ante el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Rusia. El vendedor, una compañía rusa, exigía a una compañía sueca el pago de las mercaderías en virtud de un contrato de compraventa. La compañía Sueca se negaba al pago de las mismas, bajo el argumento de que los bienes entregados, no eran de la calidad esperada en el contrato, ya que presentaban daños, producto de la lluvia cuando los mismos se encontraban almacenados en el puerto de embarque.

El vendedor argumentaba que el daño de las mercaderías se debía a una culpa del comprador, pues este no había embarcado las mercaderías en el buque en la fecha acordada, lo que había generado que las mismas se mojaran, momento en el cual ya el riesgo había sido transmitido al comprador. El comprador alegó que el retraso para cargar las mercaderías en el buque se debió a una circunstancia de fuerza mayor en el Estrecho de Bósforo, lo cual impidió que el buque contratado por el comprador para transportar las mercaderías llegara a tiempo.

Bajo lo estipulado en el contrato para que un hecho fuera constitutivo de fuerza mayor, el mismo debía ser calificado como tal por la Cámara de Comercio en los países de las partes, requisito que no se cumplió en el caso concreto. A su vez, el comprador fue incapaz de demostrar que el cierre de navegación en el Estrecho de Bósforo coincidió con las fechas en la demora para cargar el buque con las mercaderías. El tribunal consideró que al momento de presentarse el deterioro de las mercaderías el riesgo ya había sido trasladado al comprador, por lo cual este debía pagar el precio de las mismas. (Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry: Partes confidenciales, 1996)

Finalmente, se explicará un último caso de deterioro de las mercaderías, donde se aplicó la solución de la Convención de Viena. Un comprador argentino y un vendedor alemán celebraron un contrato para la venta de champiñones. En el transcurso de su transporte a Buenos Aires, las mercaderías sufrieron deterioros, por lo que el comprador demandó al vendedor alegando la falta de conformidad de los bienes. De acuerdo al artículo 67 de la Convención, el tribunal sostuvo que el riesgo de las mercaderías fue transmitido al comprador cuando los bienes fueron entregados al primer transportista para su transmisión al comprador de acuerdo con el contrato de compraventa. El tribunal sostuvo que el daño de las mercaderías se produjo después de la transmisión del riesgo al comprador, por lo que el tribunal desestimó la petición del comprador. (Bedial S.A. Vs. Paul Muggenburg and Co. GmbH, 1995)

3.4. Cuando el hecho que genera el incumplimiento total, parcial o temporal es imputable a un tercero

Cuando las mercaderías se pierden, se deterioran o se genera un incumplimiento temporal por un hecho exclusivo de un tercero, la teoría de los riesgos cumple dos funciones: la primera, determinar la suerte de la contraprestación, y la segunda, legitimar a la parte que carga con el riesgo para reclamar a un tercero las consecuencias del incumplimiento no imputable al deudor.

La suerte de la contraprestación no dependerá de si la imposibilidad de cumplimiento total, a tiempo o sin defectos se debió a una fuerza mayor o a un hecho exclusivo de un tercero, pues se seguirá aplicando el riesgo de la misma manera. Lo que varía es la legitimación para recobrar: de esta forma, por ejemplo en el caso que un tercero haya impedido temporalmente al deudor ejecutar la prestación, como ya vimos que este riesgo es del acreedor, este deberá recibirle al deudor de manera extemporánea, pero podrá recobrarle al tercero todos los perjuicios que logre probar por la tardanza.

Es fundamental decir que este tercero debe ser totalmente ajeno a las partes, y no puede ser dependiente de alguna de ellas, porque de lo contrario habría una responsabilidad contractual frente a quien generó el incumplimiento. La calidad de ser un tercero dependiente de alguna parte es determinada principalmente por la Convención de Viena, pues los principios UNIDROIT no señalan nada al respecto. Este instrumento establece que cuando el incumplimiento de una de las partes se deba a un tercero a quien se haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, solo podrá exonerar a la parte cuando el incumplimiento de este sea imputable a una fuerza mayor, o la parte se encuentre amparada por el numeral primero del artículo 79, que consagra la exoneración de la parte por fuerza mayor.

La aplicación de lo anterior puede ser estudiada en el siguiente caso, resuelto por un tribunal de arbitramento de Hamburgo en Alemania.

Un comprador alemán celebró dos acuerdos marcos con dos compañías en Hong Kong para la entrega de unos bienes producidos en China. Los acuerdos iban acompañados de órdenes de compra, en las cuales el precio y hora de entrega de los bienes variaba en cada ocasión. El pago debía tener lugar dentro de los 90 días de la entrega, pero en casos individuales, el comprador pagaba por adelantado o cuando los bienes eran entregados.

En el transcurso de la relación comercial el comprador pidió 10.000 unidades de producto, las cuales fueran pagadas de forma anticipada por este. Una vez realizado el pago, el vendedor informó al comprador que su proveedor chino se encontraba atravesando graves dificultades económicas y personales, por lo que se negó a entregar la mercancía a menos que el comprador pagara todas las deudas que se encontraban pendientes, a lo cual el comprador se negó. Ante la negativa del comprador, el vendedor acudió al tribunal arbitral, pidiendo la resolución del contrato marco como de las órdenes de compra por incumplimiento y reclamación de perjuicios.

Respecto al contrato de venta individual (orden de compra), el tribunal sostuvo que este se regía por la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, puesto que las partes establecieron como ley del contrato, la ley de Alemania, estado contratante de la convención.

El tribunal consideró que el comprador tenía derecho a resolver el contrato de venta, y concedió la indemnización de perjuicios. El lucro cesante para los contratos ya celebrados por el comprador, pues estos se consideraron como pérdidas previsibles. A su vez el tribunal consideró que el vendedor no se encontraba exento del cumplimiento en razón del artículo 79 de la Convención. En relación con este artículo, el tribunal argumentó que una parte no es responsable por el incumplimiento de su obligación si prueba que la razón del mismo, se debió a un impedimento ajeno a su control y que no podía razonablemente esperar. Para el tribunal los problemas económicos del vendedor, o financieros de sus proveedores, incluso si estos se encuentran relacionados con alguna actuación de la autoridad pública en el país del proveedor, no deben ser considerados un impedimento por fuera del control del vendedor, sino que pertenecen a la órbita jurídica del vendedor.

En relación al incumplimiento del acuerdo marco por parte del vendedor, el tribunal negó la indemnización al comprador, pues consideró que ambos habían incumplido, ya que el comprador se había negado a pagar. (Schiedsgericht der Handelskammer 21 de junio de 1996, 21)

Otro laudo, en el cual se estudia la aplicación del artículo 79 de la Convención de Viena frente a la exoneración por hecho exclusivo de un tercero señala lo siguiente:

Un comprador austriaco, se dedica a la venta y cultivo de plantas de uvas, para lo cual utiliza una cera de la flor hoya carnososa para proteger los cultivos. En razón a su actividad comercial, este celebró un contrato de compraventa con un alemán, para la compra de la cera. Cuando algunas de las plantas fueron dañadas después del tratamiento con la cera, el comprador demandó al vendedor alegando la falta de conformidad del producto y a su vez reclamó una indemnización de perjuicios. En su defensa, el vendedor negó toda responsabilidad, argumentando que había actuado únicamente como intermediario y que la falla del producto se debía a la producción defectuosa realizada por su proveedor, lo que constituía un impedimento que se encontraba más allá de su control.

El tribunal sostuvo que el comprador tenía derecho a reclamar daños y perjuicios. Argumentó que si el vendedor deseaba aplicar el artículo 79 de la Convención de Viena, este debía de probar que no se encontraba en condiciones de prever el daño.

A su vez el tribunal consideró que los bienes entregados por el vendedor no se encontraban conforme al contrato como lo exige el artículo 35 de la Convención de Viena, constituía entonces un incumplimiento en virtud del artículo 79, para lo cual el vendedor tendría que probar que esta falta se debió a un impedimento fuera de su control, y que este no se tuvo en cuenta al momento de la celebración del contrato o que el impedimento o sus consecuencias no pudieron ser evitadas o superadas. Respecto a lo anterior el tribunal sostuvo que, en las circunstancias del caso, el defecto no había estado fuera del control del vendedor, pues este no se podía confiar de su proveedor y debió realizar las pruebas necesarias, ya que se trataba de un producto en desarrollo. Para el tribunal así el vendedor

solo hubiere actuado como intermediario entre el productor y el comprador, él igual era responsable por el defecto del producto, en este caso el proveedor del intermediario no es un tercero como lo establece el inciso segundo del artículo 79 de la Convención. (Oberlandesgericht Zweibrücken marzo de 1998, 1998)

De acuerdo a lo anterior, una vez sea transmitido el riesgo y se busque la exoneración de responsabilidad por incumplimiento en virtud de un hecho exclusivo de un tercero, se requiere que ese tercero no sea ni contratista, subcontratista o proveedor. Para poder exonerarse de responsabilidad y pasar a aplicar las consecuencias de la teoría de los riesgos, es necesario que el tercero no tuviera ninguna relación con las partes o el contrato, o que este tercero en sí mismo pudiera verse beneficiado por el artículo 79, es decir, hubiera incumplido por una fuerza mayor.

Conclusiones

La lectura de los capítulos anteriores, nos permite concluir que tanto el concepto de la teoría de los riesgos como de la fuerza mayor no es pacífico. Sin embargo, encontramos que la definición más apta para la teoría de los riesgos, es aquella que la define como la figura que se aplica cuando por un hecho no imputable a las partes hay una imposibilidad total de cumplimiento, una imposibilidad temporal, o un deterioro de las mercaderías que alguna de las partes debe soportar. Esta figura tiene como fin determinar cuál es la suerte de la prestación y la contraprestación en los casos mencionados, y le impone como consecuencia a la parte que sea titular del riesgo las consecuencias del hecho no imputable al deudor. Adicionalmente, respecto de la fuerza mayor, puede decirse que es un hecho imprevisible, o previsible pero irresistible, ajeno a la órbita de control del deudor, y que impide que se efectúe un cumplimiento completo, oportuno y sin defectos.

Como vimos a lo largo de este trabajo para poder analizar quién debe cargar con las consecuencias de una fuerza mayor o un hecho exclusivo de un tercero, es necesario determinar cuál de las partes es aquella que tiene a su cargo el riesgo de las mercaderías, pues será quien tenga el riesgo quien asuma las consecuencias negativas. La delimitación del riesgo, es posible realizarla mediante dos formas: a través del principio de la autonomía de la voluntad, ya sea en uso de la autonomía conflictual – es decir, con la elección de las partes de una normatividad sustancial aplicable a su relación en materia de riesgo, como la *lex mercatoria*, el ordenamiento jurídico de algún Estado, o la aplicación del derecho internacional público – o en uso de la autonomía de la voluntad material – es decir, cláusulas expresas dentro del texto contractual donde se disponga sobre el riesgo – o a través de la metodología del Derecho internacional privado, cuando las partes han guardado silencio en la materia.

Con el fin de delimitar las responsabilidades de las partes en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, la Cámara de Comercio Internacional compila los INCOTERMS, cuya aplicación depende de la voluntad de las partes de pactarlos en el contrato. Dada su simplicidad a la hora de determinar las obligaciones de las partes y el

riesgo, estos resultan ser de gran aplicación en el tráfico internacional. En los mismos, el momento de transmisión del riesgo se encuentra estrechamente vinculado con el momento de entrega de las mercaderías, por lo que resulta de gran importancia que detalles como las bodegas de destino, establecimiento del acreedor, puerto de embarque, entre otros; queden determinados dentro del contrato.

Sin embargo, a pesar que en la mayoría de los casos la forma más común para delimitar el riesgo en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías es a través de los INCOTERMS, ésta no es la única aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. La primera solución a la que se acude cuando no se pacta ninguno de estos términos, es aplicar la regla de transmisión de riesgo que trae el ordenamiento jurídico que las partes han elegido para que rija sustancialmente el contrato. En los casos donde las partes regulan el contrato mediante la ley interna de un Estado, la teoría de los riesgos será regulada por este conjunto normativo. Sin embargo, si el ordenamiento escogido por las partes es el de un Estado contratante de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, por su norma remisoria será ésta la que predominará; salvo que las partes hayan expresamente excluido su aplicación. La normatividad aplicable al contrato también puede ser un tratado o cualquier otro instrumento de Derecho internacional público.

También puede ocurrir que las partes no se remitan al ordenamiento jurídico de un Estado en específico, sino que acudan a la *lex mercatoria*. Al recoger distintos usos y costumbres de comercio internacional, es posible afirmar que en la materia que nos atañe, ésta se encuentre comprendida por los INCOTERMS, la Convención de Viena de 1980, y los Principios UNIDROIT como instrumentos internacionales para delimitar el riesgo.

Finalmente, otro medio para regulación del riesgo dentro de un contrato, es que las partes se valgan de la autonomía de la voluntad material. Esto consiste en diferentes pactos donde, de manera expresa, las partes llenan de contenido las estipulaciones en materia de transmisión del riesgo. Esta regulación puede ser a través de cláusulas limitativas de responsabilidad (como aquellas que quitan alguno de los elementos de la fuerza mayor), o

por medio de cláusulas de fuerza mayor (como aquellas que establecen previamente un listado de casos que se entenderán como externos al deudor).

En fin, la aplicación de la teoría de los riesgos en la compraventa internacional de mercaderías, como ya dijimos, se realiza con base en la delimitación del titular del riesgo. Partiendo de lo señalado anteriormente, nos valdremos de los conjuntos normativos reseñados para extraer las normas comunes a estos, y establecer cuáles son las consecuencias de la aplicación de esta figura. El esquema resultante es el siguiente:

Cuando hay una pérdida total de las mercaderías ya especificadas como las que son objeto del contrato, y el riesgo de pérdida se encontraba en cabeza del vendedor, lo que sucede es que la obligación se extingue, y por lo tanto se extingue también la obligación de pagar la contraprestación. Ocurre una extinción, por inexistencia del objeto, de la obligación. No puede hablarse de resolución del contrato, puesto que es un remedio específico frente al incumplimiento material (imputable o no al vendedor) que trae consigo todo un régimen particular diferente a la teoría de los riesgos. Sin embargo, cuando hablamos de un deterioro de las mercaderías mientras el riesgo es del vendedor, este tendrá que tomar las medidas necesarias para dejar los bienes en un estado que garantice la satisfacción del interés del acreedor.

En los casos que el bien perezca cuando el riesgo lo tenía el comprador, se va a entender que éste ya tenía el control material de los bienes, por lo que deberá pagar la contraprestación adeudada. Lo mismo sucede cuando hablamos del deterioro en manos del acreedor: si quiere tener las mercancías en buen estado, deberán correr por su cuenta los gastos de reparación que sean necesarios o tendrá que pagar nuevamente al vendedor por otro lote de mercaderías, pues la obligación del vendedor ya se ha extinguido.

Cuando lo que se afecta con la fuerza mayor no son los bienes directamente sino la posibilidad de un cumplimiento oportuno, se suspenderá la obligación hasta el momento que cese dicha causal. De esta forma, la obligación no se extingue, sino que impide el surgimiento de los perjuicios por cumplimiento tardío.

Es diferente la responsabilidad contractual a la aplicación de la teoría de los riesgos, aunque la aplicación de la segunda puede determinar la existencia de la primera en algunos casos. Determinar si existe responsabilidad o no, debido a la pérdida de unas mercancías puede llegar a significar un gran impacto económico dentro de una empresa, pues las indemnizaciones por incumplimiento pueden llegar a alcanzar unas sumas *exorbitantes*. Es por esto que los autores Marcel Fontaine y Filip De Ly dedican un capítulo completo a las cláusulas de exoneración y de limitación de la responsabilidad, y otro para las cláusulas que determinan la fuerza mayor. Dicen que en los contratos internacionales las probabilidades de pérdida de los bienes aumentan, en razón a los largos trayectos dentro de los cuales deben ser transportadas las mercaderías.

A manera de conclusión, podemos decir que el presente trabajo no logra dar una solución general y universal a la aplicación de la teoría de los riesgos en todos los contratos de compraventa internacional de mercaderías, debido a la diversidad de posibilidades que hay para determinar cómo se ha regulado esta materia dentro de un contrato, y teniendo en cuenta que siempre será el juez o árbitro quien podrá pronunciarse al respecto. Sin embargo, sí ha sido posible tocar todos los elementos sobre los cuales hay una discusión constante, y explicar brevemente, pero de una manera clara, en qué consiste esta figura y como se aplica a este tipo de contratos internacionales.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk Manasevich, R. (2008). *Las obligaciones Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Afanador, W. C. (SF). Impacto en Colombia de la *Lex Mercatoria*. *Civilizar*, Obtenido de http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista11/Impacto%20_Lex_Mercatoria.pdf
- Aguirre Veloso, P. A. (2006). La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. *Ius et Praxis*, 12 (1). pp.155 - 179 .
- Aljure Salame, A. (2011). *El contrato internacional*. Bogotá: LEGIS.
- Asociación Latinoamericana de Integración. (1980). Tratado de Montevideo, sustituyendo al Tratado que instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.
- Brown, E. (2009). The development of international norms for insurance regulation. *Brook Journal of International Law*, 34 (3). pp. 953 - 997.
- Carrascosa Gonzalez, J. (2008). Orden público internacional y externalidades negativas. *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia de España*, 5 y SS.
- De Cuyper, J.-Q. (1993). Le fait du prince libere-t-il une entreprise publique des ses obligations contractuelles? *International Business Law Journal* 8. p. 963.
- Derains, Y. (2002). The UNIDROIT principles of international commercial contracts. *Suplemento especial de ICC International Court of Arbitration bulletin*. Paris: Cámara de Comercio Internacional. pp. 9-19.
- Durán Piedrahita, M. P. (1998). La cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales. *Revista de Derecho Privado* (21). pp. 173-221.

- European Commission. (2014). *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law*. Bruselas: Unión Europea.
- Flambouras, D. (2001). Transfer of Risk in the contract of sale involving carriage of goods: a comparative study in English, Greek law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace Institute of International Commercial Law*.
Obtenido de http://www.jus.uio.no/pace/transfer_of_risk_contract_of_sale_involving_carriage_of_goods_comparative_study.dionysios_flambouras/doc.html
- Fontaine, M., & De Ly, F. (2006). *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*. New York: Transnational Publishers, inc.
- Franco Leguízamo, C. A. (2009). Caleidoscopio de la fuerza mayor (derecho comparado e internacional). *E – Mercatoria* 8 (1).
- Gillette , C., & Walt, S. (2009). *Sales Law: Domestic and International*. New York: Foundation Press.
- Hague Conference on Private International Law. (s.f.). *Proyecto de Principios de La Haya aprobado en la reunión de la comisión especial de noviembre de 2012 sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales y recomendaciones para el comentario*. Obtenido de http://www.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_s.pdf
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Huber, P., & Mullis, A. (2007). *The CISG a new textbook for students and practitioners*. Munich: Sellier European law publishers.
- International Chamber of Commerce. (2010). *INCOTERMS 2010*. Paris: International Chamber of Commerce.

- Jones, G. (s.f.). *Institute of International Commercial Law*. Obtenido de Warranties in International Sales: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods Compared to the US Uniform Commercial Code on Sales: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/johnes.html>
- Moses, M. L. (2008). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press.
- Ospina Fernández, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Oviedo Albán, J. (2002). *La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Obtenido de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>
- Oviedo Albán, J. (2004). *Transmisión de riesgos en el contrato de compraventa. Derecho colombiano y comparado*. Obtenido de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/5OviedoA.ult..pdf
- Oviedo Albán, J. (2012). *Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Pacífico, P. m. (2012). *Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*. Paranal, Antofagasta, República de Chile.
- Park, W. W. (2006). *Arbitration of international business disputes*. New York: Oxford University Press.
- Parlamento Europeo. (17 de junio de 2008). Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Roma.
- Ramos, P. R. (1998). *De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Richards Hogg Lindley (s.f.). *A comparison of the 1982 and 2009 Clauses with additional commentary*. Liverpool: Average adjusters & marine claims consultants.. Institute Cargo Clauses 2009. Obtenido de : <https://www.ctplc.com/media/72243/Institute-Cargo-Clauses-2009.pdf>
- Rodríguez, M. S. (2011). El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur. *Revista Científica*. XV (1), pp. 119.
- Semblat Arbiza, A. (2013). La importancia de los INCOTERMS en los negocios internacionales. *Cuaderno de Negocios Internacionales e Integraciones*, 77. pp. 34-55.
- Sinkevicius, E. (2011). Determination of Insurable Interest in Cargo Insurance Contracts. *Jurisprudencija*, 18 (1). pp. 162-173.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: LEGIS.
- UNCITRAL. (1980). *Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías*. Viena: Naciones Unidas.
- UNCTAD. (2007). Regulatory aspects of insurance services, regulatory frameworks and international regulatory standards. *Trade and development aspects of insurance services and regulatory frameworks*. New York: United Nations.
- Undurraga, M. I. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. *Revista Chilena de Derecho*. 40 (3)
- UNIDROIT. (2010). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma: Naciones Unidas.
- UNIDROIT. (2010). *UNIDROIT principles of international commercial contracts - Integral version*. Roma: UNIDROIT.

United Nations Compensation Commission (Centro de Arbitraje: Panel of the Commissioners, Panel F1 23 de Septiembre de 1997).

Vidal Olivares, Á. (2002). *El riesgo de las mercaderías en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías*. Obtenido de *Ius Et Praxis*: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000200016&script=sci_arttext

Laudos arbitrales

Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest: Partes confidenciales (Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest 10 de Diciembre de 1996).

Bedial S.A. Vs. Paul Muggenburg and Co. GmbH (Cámara Nacional Argentina de Apelaciones en lo Comercial 31 de Octubre de 1995).

Bulgarian Chamber of Commerce and Industry 24c de mayo de 1996 (Bulgarian Chamber of Commerce and Industry 24 de Mayo de 1996).

Centro de Arbitraje en México: partes confidenciales (Centro de Arbitraje en México del 30 de Noviembre de 2011).

China International Economic & Trade Arbitration Commission: Partes confidenciales (China International Economic & Trade Arbitration Commission 25 de Julio de 1997).

Oberlandesgericht Zweibrücken marzo de 1998 (Oberlandesgericht Zweibrücken 31 de Marzo de 1998).

Schiedsgericht der Handelskammer 21 de junio de 1996 (Schiedsgericht der Handelskammer - Hamburg, Germany 1996 de Junio de 21).

Tribunal AG Duisburg: Partes confidenciales (AG Duisburg 2000 de Abril de 13).

Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia: Partes confidenciales - 2 (Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia 16 de Marzo de 1995).

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

Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia 17 de octubre de 1995).

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry: Partes confidenciales (Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 10 de Febrero de 1996).