



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE GRADUADOS**

**FUERZA MAYOR Y HARDSHIP EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**

**Análisis de las excepciones al principio pacta sunt servanda**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar por Magíster en Derecho

Mención: Derecho Internacional

**LIDIA LENA ACOSTA JAÉN**

Profesora Guía: Elina Mereminskaya

Santiago, Chile

2013

## **AGRADECIMIENTOS**

Esta investigación, representa el apoyo de personas que contribuyeron sin ninguna condición al alcance de nuestro objetivo. De esta forma deseo expresar mi gratitud a la profesora Elina Mereminskaya, quién facilitó el desarrollo de esta Actividad Formativa Equivalente a Tesis aportando su experiencia y conocimientos, además por su dedicación, apoyo y confianza.

Especialmente extendiendo el agradecimiento a mi Familia por su eterno amor e incondicional apoyo, principalmente a mis Padres, José E. Acosta y Lidia Jaén de Acosta, quienes hicieron posible alcanzar esta meta. Así también, para Ariel Añino Díaz por su cariño, ánimo y comprensión.

Agradezco de igual manera, a mis amistades que siempre me impulsaron a cumplir mis objetivos, y a todas aquellas personas que de manera desinteresada brindaron su ayuda y cooperación.

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
I. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN DE HECHO FICTICIO	<b>8</b>
II. ANTECEDENTES DE LA FUERZA MAYOR Y EL <i>HARDSHIP</i>	<b>11</b>
A. ANTECEDENTES DE LA FUERZA MAYOR	<b>11</b>
B. ANTECEDENTES DEL <i>HARDSHIP</i>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
I. NORMATIVA APLICABLE A LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL	<b>18</b>
A. CONCEPTO DE FUERZA MAYOR EN LAS LEGISLACIONES DE CHILE Y PANAMÁ	<b>18</b>
1. <u>Fuerza mayor en Chile</u>	<b>18</b>
2. <u>Fuerza mayor en Panamá</u>	<b>21</b>
B. CONCEPTO DE FUERZA MAYOR EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT	<b>25</b>
1. <u>Fuerza mayor en la Convención de Viena de 1980</u>	<b>25</b>
2. <u>Fuerza mayor en los Principios de Unidroit</u>	<b>32</b>
C. ALCANCE Y APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL	<b>36</b>
D. CONDICIONES DE LA FUERZA MAYOR	<b>42</b>

1. <u>¿Sobre qué obligaciones puede recaer la exoneración de responsabilidad?</u>	42
2. <u>Concepto de impedimento</u>	48
3. <u>Impedimento fuera del control de la parte incumplidora</u>	57
4. <u>Impedimento que no cabía razonablemente esperar tenerse en cuenta</u>	68
5. <u>Impedimento que no cabía razonablemente evitarse o superarse</u>	73
E. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR UNA TERCERA PERSONA	77
F. DURACIÓN DEL IMPEDIMENTO	88
G. NOTIFICACIÓN DEL IMPEDIMENTO	94
H. EFECTOS DE LA FUERZA MAYOR	102

### **CAPÍTULO III**

I. <i>HARDSHIP</i> EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL	111
A. <i>HARDSHIP</i> EN LAS LEGISLACIONES DE PANAMÁ Y CHILE	111
B. <i>HARDSHIP</i> EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT	116
1. <u>Concepto de <i>Hardship</i> en los Principios de Unidroit</u>	116
a. Incremento en el costo del cumplimiento	117
b. Disminución en el costo de la prestación que una parte recibe	118
2. <u>Condiciones de <i>Hardship</i></u>	121
a. Desconocimiento del evento	121
b. Evento que no cabía razonablemente esperar tenerse en cuenta	122
c. Evento que escapa del control de la parte en desventaja	124
d. Riesgo no asumido por la parte en desventaja	125
3. <u>Efectos Jurídicos de <i>Hardship</i></u>	126
a. Resolución del contrato	130
b. Adaptación del contrato	131
C. <i>HARDSHIP</i> EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1980	133

### **CAPÍTULO IV**

I. CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR	143
-----------------------------	-----

II. CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i>	151
<b>CAPÍTULO V</b>	
I. LEY APICABLE A LA SITUACIÓN DE HECHO FICTICIO	157
A. FUERZA MAYOR	158
B. <i>HARDSHIP</i>	166
II. CONSIDERACIONES FINALES	170
<b>CONCLUSIÓN</b>	173
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	179

## RESUMEN

En esta Actividad Equivalente Formativa a Tesis, se analizarán las excepciones al principio “*pacta sunt servanda*”, específicamente las instituciones de “fuerza mayor” y “*hardship*”, a la luz de cuatro instrumentos jurídicos específicos que podrían ser aplicables a un contrato comercial internacional.

El desarrollo de este trabajo partirá de la exposición de un hecho ficticio sobre contratación internacional que vincula empresas establecidas en la República de Panamá y en la República de Chile, y que se presenta en circunstancias que abarcan ambas instituciones jurídicas.

En este sentido, el análisis del hecho se basará en la aplicación el método comparativo entre las legislaciones nacionales de la República de Panamá y la República de Chile, y las normas internacionales de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y los Principios de Unidroit.

De este grupo de normativas se presentarán los antecedentes, las posiciones doctrinarias, y los distintos casos vistos por los tribunales ordinarios o arbitrales sobre fuerza mayor y *hardship*.

El resultado de este estudio permitiría a los asesores de las personas con negocios comerciales que ofrezcan sus bienes o servicios fuera de las fronteras nacionales, optar por los instrumentos normativos de su conveniencia al momento de negociar los contratos internacionales.

Esta investigación se complementará con el estudio de las cláusulas de fuerza mayor y *hardship*, que son incluidas con frecuencia en los contratos internacionales.

## INTRODUCCIÓN

En el derecho internacional privado, especialmente en el ámbito de la contratación, la apertura de fronteras con la iniciativa de los Estados, y el desarrollo de la tecnología que se ha ido sumando en las últimas décadas principalmente el comercio electrónico, han facilitado la transferencia de bienes y servicios haciendo de la actividad comercial mundial una práctica más ágil.

Esto último significa que al desarrollarse la contratación internacional de forma más rápida, se disminuyen las formalidades y solemnidades que obstaculizan la práctica comercial, dándole mayor importancia a la confianza y a la buena fe de las partes.

El cumplimiento de lo pactado por las partes, es lo más importante del movimiento comercial ya sea en el ámbito nacional o internacional, donde se concreta la voluntad de las ellas de obligarse a la realización de ciertas prestaciones para lograr un negocio específico.

El principio universal "*pacta sunt servanda*", establece que las partes deben cumplir lo pactado, de lo contrario, serán responsables por el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se ha demostrado que en algunos casos este principio puede ser demasiado rígido, debido a que una vez celebrado el

contrato, los intereses que lo motivaron pueden verse afectados por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.

Es así como se presentan excepciones a este principio, que han sido consideradas en las legislaciones nacionales e internacionales, a través de las instituciones conocidas en el ámbito internacional como Fuerza Mayor y *Hardship*.

Al tratarse de una Actividad Formativa Equivalente a Tesis, el trabajo partirá de la exposición de un hecho ficticio sobre contratación internacional que vincula empresas establecidas en la República de Panamá y en la República de Chile, y que se desarrollan bajo circunstancias que envuelven ambas instituciones jurídicas.

La elección de la jurisdicción de Panamá para la realización de esta actividad, es en virtud de la formación jurídica de la investigadora en dicho sistema nacional, además de su interés de hacer conocer su utilidad como ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. La comparación con la legislación de Chile es relevante, ya que ha sido de gran influencia para la legislación panameña, principalmente en la creación del primer Código Civil de Panamá, siendo su texto bastante similar al Código de Andrés Bello hasta 1917,

fecha en la que entró a regir la nueva codificación civil panameña<sup>1</sup>. Adicionalmente, la República de Panamá y la República de Chile mantienen estrechas relaciones comerciales, las cuales se fortalecieron con la vigencia del Tratado de Libre Comercio entre ambos países a partir del 7 de marzo de 2008<sup>2</sup>, estableciendo normas que brindan mayor seguridad jurídica y que buscan promover el intercambio de bienes y servicios.

En las relaciones comerciales que nacen entre personas jurídicas o naturales establecidas en Panamá y Chile, es importante tomar en cuenta el escenario en que se desenvuelven tales vínculos, ya que nos encontramos ante países con características distintas como posición geográfica, clima, moneda, política, régimen jurídico y demás factores que se conjugan al momento de celebrar un contrato de carácter internacional.

Dadas estas circunstancias, al momento de negociarse un contrato internacional se deben prever los riesgos que asumirán las partes para el cumplimiento del mismo, sin embargo existen situaciones que son imprevisibles, insuperables, inevitables y que se encuentran fuera del control de las partes contratantes que pueden afectar su ejecución.

---

<sup>1</sup>DEL MORAL, Octavio. 2006. El Código Civil de Bello en Panamá. Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), 8(1): 169-179, enero-junio de 2006.

<sup>2</sup>MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS DE PANAMÁ. 2009. Documento Explicativo del Tratado de Libre Comercio entre la República de Panamá y la República de Chile. [en línea]. <[http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/documento\\_explicativo\\_chile.pdf](http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/documento_explicativo_chile.pdf)>. [consulta: 29 de mayo de 2010].

Para poder enfrentar esos posibles cambios de las circunstancias, las partes deben tener claro cuál será la ley aplicable al contrato, y para ello deben conocer si las legislaciones internas de estos países serían las más convenientes para resolver las circunstancias de fuerza mayor y *hardship*, o si es necesario recurrir al derecho uniforme internacional.

En este sentido, el análisis del hecho se basará en la aplicación de dos grupos de normativas, en primer lugar, se hará referencia a legislaciones nacionales específicas correspondientes a las de Panamá y Chile.

De este primer grupo, se tiene como finalidad dilucidar las diferencias existentes entre dos legislaciones seguidoras de las corrientes del *civil law*, que a pesar de que siguen la misma línea del derecho romano, distan en algunos términos y aplicaciones jurídicas con respecto a las instituciones de fuerza mayor y *hardship*.

De igual manera, este razonamiento nos permitirá demostrar la importancia de conocer y aplicar el derecho internacional, para regular los vínculos comerciales que rebasan las fronteras nacionales.

En segundo lugar, se realizará un estudio de las leyes de derecho comercial internacional que regulan la contratación internacional, aludiendo en este caso a la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante la Convención de Viena o CCIM) y los Principios de Unidroit (en adelante Principios o PU).

La Convención de Viena y los Principios de Unidroit, son dos textos jurídicos elaborados con el fin de crear un derecho común internacional, alejado de los preceptos de las legislaciones nacionales y de las dificultades que plantean la aplicación de las mismas a los contratos internacionales. No obstante, pese a que la Convención de Viena fue fuente de referencia para la preparación de los Principios<sup>3</sup>, también existen diferencias en ambos textos jurídicos que se derivan desde su constitución, aplicación y alcance, por lo que merecen la comparación a fin determinar cuál de ellos se ajusta mayormente a la práctica comercial internacional actual.

En general, en esta Actividad Formativa Equivalente a Tesis se realizará un análisis comparado acerca de cómo distintos instrumentos normativos regulan dos instituciones jurídicas específicas. El resultado de ese análisis sería particularmente útil para el ejercicio práctico de la profesión jurídica, lo cual

---

<sup>3</sup>BONELL, Joachim. 1996. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose? [en línea]. Uniform Law Review. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>>. [consulta: 16 de junio 2010].

permitiría a los asesores de las personas con negocios comerciales que ofrezcan sus bienes o servicios fuera de las fronteras nacionales, optar por los instrumentos normativos de su conveniencia a la hora de negociar los contratos internacionales.

Además, esta investigación se complementará con el estudio de las cláusulas de fuerza mayor y *hardship*, que son incluidas con frecuencia en los contratos internacionales por la voluntad de las partes para delimitar los riesgos que deben asumir ante la ocurrencia de circunstancias que hagan imposible el cumplimiento del contrato. Esto con el propósito, de establecer la relación existente entre lo pactado por los contratantes a través de estas cláusulas y las normas aplicables al contrato que regulan la materia objeto de nuestro estudio.

## **CAPÍTULO I**

## **I. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN DE HECHO FICTICIA**

La empresa “DOS MARES”, establecida en la República de Panamá, como compradora, y una empresa “UVAS DEL CAMPO” de origen chileno, como vendedora, han realizado desde el año 2006 operaciones de compraventa de mercaderías, por las que la empresa UVAS DEL CAMPO proveyó a la empresa DOS MARES de uvas frescas y uvas secas.

La empresa UVAS DEL CAMPO realizó comunicaciones con la empresa DOS MARES con el objeto de concretar negocios para el año 2012, mediante la cual la empresa DOS MARES solicita a la empresa UVAS DEL CAMPO una cantidad determinada de uvas frescas y uvas secas periódicamente. No obstante, en esta ocasión la empresa UVAS DEL CAMPO manifestó que no podía proveer directamente la totalidad solicitada por el comprador para ese año y sugirió que la empresa “FRUTOS DEL VALLE”, también establecida en Chile, proveyera la mercancía requerida. De lo anterior, la empresa panameña estuvo de acuerdo en la intervención de la empresa FRUTOS DEL VALLE y acordó con la empresa UVAS DEL CAMPO que la mercancía fuera entregada en un puerto del país del vendedor en condiciones FOB.

Para el siguiente mes la empresa DOS MARES hizo un pedido de una cantidad determinada de cajas de uvas secas y frescas a la empresa FRUTOS

DEL VALLE y convinieron que el pago se realizaría mediante carta de crédito a favor de la empresa UVAS DEL CAMPO, y que esta pagaría a la empresa responsable de entregar las mercaderías.

La empresa FRUTOS DEL VALLE envió la mercadería en condiciones FOB en el puerto acordado y facturó las mercancías.

Después que DOS MARES recibió las mercancías enviadas por FRUTOS DEL VALLE, reclamó por carta formal dirigida a la empresa UVAS DEL CAMPO la falta de conformidad de las mismas, indicando lo siguiente:

1. Algunas de las cajas de uvas frescas y secas llegaron en mal estado.
2. No llegaron la cantidad de cajas de uvas frescas y secas acordadas en el contrato.

La empresa FRUTOS DEL VALLE adujo que la falta de cumplimiento se debió a fuerza mayor, como consecuencia de un inusual frente de nieve, lluvia y fuertes vientos que afectaron severamente la producción de uvas y reclamó el pago de las mercaderías entregadas a conformidad con el contrato.

Dado el reclamo de la empresa chilena FRUTOS DEL VALLE, la empresa DOS MARES indicó que como consecuencia de la crisis financiera mundial, el banco no había realizado el pago de la mercadería por falta de liquidez,

situación que se escapaba de su control y hacía excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato. Adicionalmente, como la empresa DOS MARES no recibe una respuesta satisfactoria, recurre a un tribunal para demandar el incumplimiento del contrato por parte UVAS DEL CAMPO.

## II. ANTECEDENTES DE LA FUERZA MAYOR Y EL HARDSHIP

### A. ANTECEDENTES DE LA FUERZA MAYOR

El principio “*pacta sunt servanda*”, es aquel en virtud del cual los pactos celebrados con la voluntad de las partes deben ser cumplidos. El principio de la fuerza obligatoria de los contratos, a pesar de ser universalmente reconocido, puede en ocasiones resultar muy estricto ante circunstancias externas, es decir, ajenas a la voluntad de las partes y que obstaculizan o impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En los diferentes sistemas jurídicos, en vista de las circunstancias imprevistas que afectan el cumplimiento del contrato, se han adoptado eximentes de responsabilidad que liberan a las partes de su obligación cuando la misma se convierte en imposible o difícil.

Estos instrumentos exoneratorios son conocidos en diferentes países como: caso fortuito y/o fuerza mayor; teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad, *frustration*, *impracticability*, etc. (dependiendo del sistema jurídico que corresponda).

El concepto de fuerza mayor tiene su origen en el derecho romano conocido bajo el nombre de “*vis major*” o “*vis divina*”, mediante la cual el deudor quedaba exonerado del cumplimiento debido a eventos imprevisibles e irresistibles<sup>4</sup>.

Este concepto fue posteriormente adoptado bajo el término Fuerza Mayor (*Force Majeure*) por el Código Francés o también llamado Código de Napoleón de 1804. Como resultado de la notable influencia que tuvo el código napoleónico, siendo modelo inspirador para la codificación de distintos países que siguieron la corriente del *civil law*, el término de fuerza mayor fue consagrado en gran parte de los códigos civiles de Europa y América, tales como: el italiano, español, chileno, etc.

La aplicación de la figura de fuerza mayor en el derecho civil, conlleva la presencia de un evento irresistible e imprevisible, además de la imposibilidad de cumplimiento debido a una causa externa producto de un acto involuntario no atribuible al dolo o a la culpa de uno de los contratantes.

El concepto de fuerza mayor, no es uniforme en todas las legislaciones nacionales, presentando variaciones conceptuales en algunos países. Es así, como a pesar de que el Código Francés hace la distinción entre los conceptos

---

<sup>4</sup>KATSIVELA, Marel. 2007. Contract Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses? Uniform Law Review: 101-102.

de fuerza mayor y caso fortuito, en el derecho nacional comparado, la fuerza mayor es entendida en algunas legislaciones como sinónimo de caso fortuito, dando pie a diferentes teorías que analizan su alcance y aplicación<sup>5</sup>. Estas variaciones pueden ser apreciadas en legislaciones tales como la de Panamá y Chile; las cuales compararemos cuando tratemos estos conceptos en el derecho nacional.

## B. ANTECEDENTES DEL *HARDSHIP*

*Hardship*, es el concepto internacional de lo que en las legislaciones domésticas se conoce con nombres como: teoría de la imprevisión, riesgo imprevisto, excesiva onerosidad, frustración de la finalidad del contrato, *eccesiva onerosità sopravvenuta*, *change of circumstances*, lesión sobreviniente, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, entre otros.

El origen y desarrollo de este concepto parece no encontrarse definido de manera clara en la historia jurídica, por lo cual, no se concluye si el mismo nació como tal en el derecho romano o en el derecho canónico.

En el derecho romano, los romanistas aceptaban la revisión del contrato si no permanecían las mismas situaciones que existían al momento de contratar

---

<sup>5</sup>BONNECASE, Julien. 2002. Tratado Elemental de Derecho Civil. México. Editorial Mexicana. 1048p.

(textos de Paulo, Cicerón y Séneca), sin embargo, algunos otros aseguraban que esta institución se podía fundamentar en la buena fe (Otto Lenel)<sup>6</sup>.

En el derecho canónico durante los siglos XII y XIII, se perfeccionó el concepto romanista de esta doctrina con la estructuración de la llamada cláusula implícita “*rebus sic stantibus*”, mediante la cual, “se exigía el mantenimiento del contrato mientras <<las cosas (*rebus*) siguieran siendo lo que eran al contratar (*sic stantibus*)>><sup>7</sup>.

Durante el siglo XVII la doctrina y jurisprudencia italiana previeron los principios básicos de la doctrina, resumiéndolas en dos conceptos: “(1) Por su naturaleza, esta doctrina sólo puede tener aplicación en los contratos a plazo o de prestaciones sucesivas, y (2) debe limitarse a aquellos casos en que la ejecución literal suponga un perjuicio constitutivo de una flagrante injusticia”<sup>8</sup>.

La teoría que fundamentaba esta cláusula fue abandonada a finales del siglo XVIII, principios del siglo XIX; por su uso desmedido que afectaba la seguridad

---

<sup>6</sup>LÓPEZ DÍAZ, Carlos. 2003. Revisión de los contratos por Circunstancias Sobrevinientes. Chile. Universidad Central de Chile. 29p.

<sup>7</sup>DE ESPANES, Luis Moisset. 1996. La Imprevisión en la legislación de América del Sur. En: BONNEL, M. JOACHIM “et al”. Proyecto Unidroit “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales” y la unidad y especificidad del sistema jurídico latinoamericano. Roma e América, Collana di studi giurudici Latinoamericani; No.9. Italia. Cedam. pp. 209-237.

<sup>8</sup>DÖRR ZEGERS, Juan Carlos. 1985. Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión. Chile. Revista Chilena de Derecho. Vol. 12 (2): 253-270.

y estabilidad del contrato, al presumir que en todos se encontraba tácita dicha cláusula. Estas situaciones probablemente influyeron en las ideas de los autores franceses que sentaron las bases para la creación de un derecho civil unificado (Domat y Pothier), lo que consecuentemente llevó a la exclusión de esta teoría del Código Civil Francés<sup>9</sup>. Sin embargo, a pesar de su desprestigio en el derecho privado, en el derecho internacional público fue impulsado por los grandes autores Grocio y Puffendorf, alcanzando hoy día un reconocimiento universal<sup>10</sup>. Es así, como la cláusula *rebus sic stantibus* forma parte importante de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, regulada en su artículo 62<sup>11</sup>.

Posteriormente, a partir de la Primera Guerra Mundial el tema volvió a ser valorado a raíz de las alteraciones económicas a causa de la superinflación que sufrieron algunos países de Europa, lo que provocó grandes desequilibrios en las obligaciones de los contratos celebrados durante ese periodo, y condujo a que algunos países la consideraran como parte de su sistema jurídico<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Op. cit., 29 p.

<sup>10</sup>Ibidem., 30 p.

<sup>11</sup>GILL D., Gurziz Singh citando a Hedermann, J.W. 2000. La excepción al principio de fuerza de ley en el contrato o REBUS SIC STANTIBUS llamada doctrina de la imprevisión en el Derecho Civil. Revista NOVUM IUS, 2000, Vol. (14):26-53.

<sup>12</sup>DE ESPANES, Luis Moisset. Op. cit., 209 p.

En la actualidad, esta teoría es aplicada cuando la ejecución de las obligaciones se ve afectada a consecuencia de un acontecimiento imprevisible, ajeno a la voluntad de las partes y que causa una excesiva onerosidad en las prestaciones del contrato o un cambio radical de sus condiciones, haciéndolas distintas a las acordadas en principio por los contratantes. Pero el concepto de *hardship*, también varía en cuanto a su denominación, interpretación y aplicación en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

La presencia de un hecho que constituya una excesiva onerosidad, tiene como efecto principal la revisión del contrato, que consiste en restablecer el equilibrio de las condiciones del mismo alterado por un acontecimiento imprevisible, otorgándole la facultad al juez para revisar e interpretar el contrato con el objeto de atenuar sus consecuencias. No obstante, la posibilidad de revisión del contrato por parte de un tercero, conllevó la exclusión de esta doctrina en algunas codificaciones civiles, en virtud del principio "*pacta sunt servanda*", siendo su aplicación en algunos países limitada sólo a contratos públicos o administrativos (por ejemplo en la legislación chilena).

## **CAPÍTULO II**

## I. **NORMATIVA APLICABLE A LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL**

### A. **CONCEPTO DE FUERZA MAYOR EN LAS LEGISLACIONES DE CHILE Y PANAMÁ**

#### 1. Fuerza mayor en Chile

La legislación civil chilena nos brinda dentro de su título preliminar la “Definición de varias palabras de uso frecuente”, dentro de las cuales podemos encontrar el concepto de fuerza mayor en el artículo 45 del Código Civil, que reza de la siguiente forma:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”<sup>13</sup>.

Dentro de la jurisprudencia chilena el concepto de fuerza mayor o caso fortuito, es entendido como: “. . .el imprevisto a que no es posible resistir, se

---

<sup>13</sup>CHILE. 1855. CÓDIGO CIVIL DE CHILE. diciembre de 1855.

configura sobre la base de cinco elementos: es un hecho, sobreviniente, independiente de la voluntad de las partes, imprevisto e irresistible”<sup>14</sup>.

Para el autor Hernán Larraín Ríos, el caso fortuito o fuerza mayor es: “todo hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación”<sup>15</sup>.

Un aspecto a señalar de estas definiciones, es la asimilación de la fuerza mayor al caso fortuito, al ser separados por la conjunción “o”.

Por otro lado, el autor René Abeliuk plantea la diferenciación que realiza la doctrina extranjera de ambos conceptos, señalando: “la más notoria posición sostiene que los diferencia la causa que origina el hecho; si proviene de fuerzas de la naturaleza, se habla de caso fortuito, si del hecho de una persona, generalmente la autoridad, de fuerza mayor...”<sup>16</sup>. Este es el caso de la legislación panameña, en la cual se definen estos conceptos tal como se indica en líneas anteriores.

---

<sup>14</sup>CORTE SUPREMA DE CHILE. 2008. Sentencia de Casación Rol 5055-2006, "Almacenes Pullman Limitada con Santiago Leasing S.A." Rol 5055-2006, considerando N° 2. 21.

<sup>15</sup>LARRAÍN RÍOS, Hernán. 2002. Teoría General de las Obligaciones. Chile. Lexis Nexis. 218 p.

<sup>16</sup>ABELIUK, René. 1993. Las Obligaciones. 3ª Ed. Chile. Jurídica de Chile, Tomo II. 686 p.

Esta distinción fue considerada incluso por la jurisprudencia de Chile, pero sólo a modo de referencia, al señalarse en un fallo lo siguiente:

“Que si bien el Código de Bello no hace distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, haciéndoles expresiones sinónimas, se afirma en la doctrina por algunos que el caso fortuito se refiere al hecho del hombre y a los actos de la autoridad, mientras que la fuerza mayor sólo comprende los hechos de la naturaleza, v.g, un terremoto...”<sup>17</sup>.

La exigencia de un hecho inimputable al deudor, es decir, “ajeno a la voluntad del deudor” no es mencionada en el artículo 45 del Código Civil, no obstante, esta situación es aclarada por el autor René Ramos Pazos, quien nos indica:

“Se ha señalado que la definición es incompleta por faltarle el requisito de inimputabilidad, característico de los sistemas de responsabilidad subjetiva, pero que esta falta es suplida en el artículo 1547 inciso 2 que indica: “el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que... haya sobrevenido por su culpa”<sup>18</sup>.

Es preciso señalar, que el concepto de fuerza mayor se encuentra consagrado en disposiciones separadas del Código Civil y el Código de Comercio de Chile. En el Código de Civil las disposiciones relacionadas con esta institución son las siguientes: artículos 788 y 799, Del Derecho de Usufructo; artículo 934, De Algunas Acciones Posesorias Específicas; artículos 1547 y 1558, Del Efecto de las Obligaciones; artículo 1590, De los Modos de Extinguirse las Obligaciones y Primeramente de la Solución o Pago Efectivo.

---

<sup>17</sup>CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 2007. Sentencia de Apelación Rol 527-2007. “Mario Ordenes Muñoz con Inmobiliaria Gestión Integral S.A.”, Considerando N° 4. Chile.

<sup>18</sup>RAMOS PAZOS, René. 1999. De las obligaciones. Chile. Jurídica de Chile. 257 p.

Por su parte, el Código de Comercio chileno establece los casos de fuerza mayor en los artículos que se mencionan a continuación: artículo 143 y 159, De la Compraventa; artículo 195, Del Transporte por Tierra, Lagos, canales o Ríos Navegables; artículo 564, Del Seguro en General y de los Seguros Terrestres en Particular; artículos 958, 961, 962, 1021, 1052 y 1056, De los Contratos para la Explotación Comercial de las Naves; artículos 1093 y 1120, De los riesgos de la Navegación.

## 2. Fuerza mayor en Panamá

El Código Civil de Panamá de 1917, no regulaba la fuerza mayor ni el caso fortuito dentro de su texto normativo. No fue hasta 1925, con la promulgación de la Ley 43 del 13 de marzo, donde se adicionó el Capítulo III del Título Preliminar sobre la “Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes”, incluyendo una definición similar a la establecida en el Código Civil chileno sobre fuerza mayor o caso fortuito<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>GARAY, Narciso. 1987. Lecciones de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Segunda parte. Panamá. 43 p.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 7 de 1961, por la cual se subrogan disposiciones del Código Civil panameño<sup>20</sup>, se definen ambos conceptos de manera separada en su artículo 34 (d), estableciendo como fuerza mayor:

"La situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes"<sup>21</sup>.

El artículo 34 (d) del Código Civil, también brinda una definición de lo que debe entenderse como caso fortuito, al señalar:

"Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otro de igual o parecida índole".

De la diferencia que realiza la legislación civil de los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, se podría llegar a la conclusión de que en virtud de la modificación de la legislación ha variado el alcance de algunos artículos que hablan solamente de caso fortuito, y que fueron redactados cuando esta expresión era similar al de fuerza mayor<sup>22</sup>. Sin embargo, el alcance de ambas

---

<sup>20</sup> PANAMÁ. 1961. Ley 7: "Por la cual se subrogan y derogan disposiciones del Libro Primero del Código Civil". 27 de enero de 1961. 2 p.

<sup>21</sup>PANAMÁ. 1916. CÓDIGO CIVIL DE PANAMÁ. septiembre de 1916.

<sup>22</sup>GARAY, Narciso. Op. cit., pp. 43-44.

instituciones se complementa con el artículo 990 del mismo texto legal, que comprende el concepto de inimputabilidad, en el cual se señala:

“Fuera de los casos expresamente previstos en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

En general, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito tienen como efecto la liberación del deudor de responsabilidad, pero para ello se requiere que el hecho sea imprevisible, inevitable e inimputable al deudor.

Al igual que en la legislación chilena, las normas panameñas sobre fuerza mayor y caso fortuito que pueden ser aplicables a los contratos internacionales, se encuentran dispersas en la codificación civil y comercial.

En el Código Civil las disposiciones relacionadas con la fuerza mayor son las siguientes: artículo 443, De los efectos de la Posesión; artículo 1354, De los Transportes por Agua y Tierra tanto de personas como de cosas; artículo 1470, De las Obligaciones del Depositario; artículo 1477, Del Depósito Necesario; artículos 1647 y 1650(3), De las Obligaciones que nacen de Culpa o Negligencia.

Las normas que hacen mención al caso fortuito en este texto legal corresponden a: artículo 614, De algunas Acciones Posesorias Especiales; 1015(3), De las Obligaciones a Plazo; artículo 1023(1), De las Obligaciones Alternativas; 1069, De la Pérdida de la Cosa Debida; artículo 1258, Del Saneamiento por los Defectos o Gravámenes Ocultos de la Cosa Vendida; artículo 1435 y 1436, De las Obligaciones del Comodatario; 1633, De la Gestión de Negocios Ajenos; 1638, Del cobro de lo Indebido.

En el Código de Comercio panameño, se establecen diferentes disposiciones que regulan la fuerza mayor y el caso fortuito en los contratos mercantiles, entre los cuales se encuentran: artículos 233 y 239, sobre Disposiciones Comunes a los Contratos de Comercio; artículos 586 y 597 sobre el Mandato Mercantil; artículos 666, 675, 687, 688 y 705, Del Transporte Terrestre; 757, 767 y 772, De la Compraventa; 832 y 835, Del Depósito; 891 y 954, De la Letra de Cambio, Billeto a la Orden y del Cheque; 1044, Del Seguro de Transporte por Tierra, Canales o Ríos. Así también, los artículos 38, 59, 104, 116, 127, 130, 148, 149, 159, 160, 161 y 238 de la Ley 55 de 6 de agosto de 2008, Del Comercio Marítimo, regulan los casos de fuerza mayor y caso fortuito<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> PANAMÁ. 2008. Ley 55: Del Comercio Marítimo. 6 de agosto de 2008.

Algunos de los artículos mencionados en las legislaciones de Panamá y Chile, serán tratados en este trabajo.

## B. CONCEPTO DE FUERZA MAYOR EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

### 1. Fuerza mayor en la Convención de Viena de 1980

La creación de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante la Convención de Viena o CCIM), corresponde a un arduo proceso de unificación internacional que empezó a finales de los años 20 e inicio de los años 30 por iniciativa holandesa. Sin embargo, es a través de la creación de la UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en 1962, que se logró la unificación del comercio internacional.

El texto final sobre la “Compraventa Internacional de Mercaderías”, fue aprobado en la Convención de Viena de 1980, durante la conferencia

internacional de plenipotenciarios celebrada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, posteriormente entró a regir en 1988<sup>24</sup>.

En su discusión, los redactores no dejaron atrás las consideraciones de las legislaciones nacionales en relación a la rigidez del principio *pacta sunt servanda*, adoptando dentro de su normativa las instituciones que constituyen excepciones a este principio.

En la Convención de Viena, lo relativo a las excepciones de este principio universal, se encuentran consagradas en los artículos 79 y 80 que regulan la exoneración de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

El artículo 80 de la Convención, señala lo siguiente: “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella”. En virtud de este artículo, la parte a la que se le demande el incumplimiento cuando ha sido causado por la parte que invoca la falta, será exonerada de su responsabilidad.

El literal del artículo 79 de la CCIM, que nos ocupará en el desarrollo de la presente actividad, se expresa de la siguiente manera:

---

<sup>24</sup>GARRO, Alejandro. 1985. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. [en línea]. Argentina. Publicado en Revista LA LEY. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-79.html>>. [consulta: 7 de agosto 2010].

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención<sup>25</sup>.

La redacción del artículo 79, fue el resultado de diferentes modificaciones que tuvieron como base el artículo 74 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (LUVI), presentado en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 1 de julio de 1964<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup>COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 1980. Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. [en línea] <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>. [consulta: 19 de agosto 2010].

<sup>26</sup>UNCITRAL. 1996. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. [en línea]. La Haya. <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>>. [consulta: 19 de agosto 2010].

Durante los trabajos preparatorios de la Convención, los redactores con el objetivo de utilizar una concepción propia del ámbito internacional evitaron emplear conceptos conocidos en los diferentes sistemas jurídicos nacionales, por tal razón, a pesar de contener el artículo 79 características que se reconocen de la institución de fuerza mayor, el título bajo el cual se encuentra corresponde al de “Exoneración”.

La idea de un concepto propio, requiere que los árbitros y jueces tomen siempre en consideración las características de internacionalidad, uniformidad y buena fe del comercio internacional establecidos en el artículo 7 (1) de la Convención, indicando lo siguiente:

“1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

Los conceptos de internacionalidad y uniformidad, que caracterizan la aplicación de estas normas, nos indica la autora Camila Baasch, consisten en:

- a) *“international: must be free from any influences (case law or legal theory) which are purely domestic; and*
- b) *uniform: must be congruent in its application at the international level to an extent that the internationality is respected”<sup>27</sup>.*

---

<sup>27</sup>BAASCH ANDERSEN, Camila. 2005. The Uniform International Sales Law and the Global Jurisconsultorium. [en línea]. Journal of Law and Commerce. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-79.html>>. [consulta: 27 de agosto 2010].

No obstante, en la práctica existen fallos que demuestran que ha sido inevitable la asimilación del concepto de fuerza mayor de los sistemas nacionales, con el artículo 79 de la CCIM<sup>28</sup>.

En la doctrina internacional que comenta la normativa de la Convención, es común que se relacione el concepto de fuerza mayor directamente con el contenido del artículo 79. Algunos autores como Denis Tallon, son de la opinión que la interpretación del artículo 79 se vuelve extremadamente difícil al desarrollar la Convención un sistema propio, alejado de conceptos establecidos en las leyes domésticas, al no poderse recurrir a estas leyes como guía<sup>29</sup>.

Adicionalmente, el concepto de fuerza mayor en las normas internacionales, plantea algunas dudas en cuanto a las diferentes versiones idiomáticas en que se manejan estos instrumentos jurídicos, particularmente en relación al artículo 79 (1) de la Convención.

Uno de los problemas concernientes a las distintas versiones de la CCIM, se centra en su traducción al español y francés, donde se hace referencia a un

---

<sup>28</sup> UNCITRAL. 1993. Caso CLOUT No. 104. Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje, Caso No. 7197. [en línea]. <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>. [consulta: 27 de agosto 2010].

<sup>29</sup>TALLON, D. Y BIANCA-BONELL. 1987. Commentary on the International Sales Law. [en línea]. Milán. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>. [consulta: 28 de agosto de 2010].

impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora, lo que puede llegar a interpretarse bajo una concepción subjetivista, mientras en el texto inglés se hace mención a un impedimento ajeno al control del deudor (*impediment beyond his control*), no dependiendo la exoneración de su voluntad<sup>30</sup>.

La versión en español del párrafo 1 del artículo 79 de la CCIM, se expresa como sigue:

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias. (El subrayado es nuestro).

Mientras tanto, la versión en el idioma inglés del párrafo 1 del artículo 79 de la CCIM, dispone:

*(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.* (El subrayado es nuestro).

Con base en los antecedentes legislativos del artículo 79, cualquier referencia expresa a la "culpa" fue suprimido de los trabajos preparatorios de 1977, determinándose que era posible definir la exención en términos más

---

<sup>30</sup>VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo. 2006. El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional. Chile. Revista Chilena de Derecho, vol. 33(3): 439-477.

objetivos, pues había sido la falta de objetividad una de las críticas de los representantes de diferentes países que presentaron sus observaciones sobre la redacción del texto de la Convención<sup>31</sup>.

Además, de los distintos casos estudiados también se logra constatar que la mayoría de los jueces y árbitros entienden esta norma objetivamente, es decir, no admitiendo como prueba la ausencia de voluntad para la exoneración de responsabilidad.

Sobre las diversas versiones idiomáticas de la CCIM, el autor Harry Flechtner expresa que:

*The meaning of expressions in two languages (never mind six) is seldom if ever exactly the same. The diversity of structure and background among the six official languages of the Convention was likely to exacerbate the translation problem. Thus, no matter how much care was taken in casting the CISG into its six official language versions, there were bound to be differences in the meanings conveyed<sup>32</sup>.*

Por lo anterior, si bien la situación descrita puede afectar la uniformidad de la aplicación de la CCIM, para que ésta exista debe haber consonancia en la interpretación del tenor literal de las versiones idiomáticas de la CCIM, tal como

---

<sup>31</sup>UNCITRAL. 1977. Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-79.html>>. [consulta: 28 de agosto 2010].

<sup>32</sup>FLECHTNER, Harry M. 1998. The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1). [en línea]. Journal of Law and Commerce. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>>. [consulta: 29 de agosto 2010].

se indica en su artículo 7 (1): “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta (. . .) la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. . .”.

## 2. Fuerza mayor en los Principios de Unidroit

Los trabajos preparatorios de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, conocidos como los Principios de Unidroit (en adelante Principios o PU), fueron iniciativa privada del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma), al ser incluidos dentro de su programa de trabajo en 1971, siendo su texto final concluido en 1994<sup>33</sup>.

Los redactores de los Principios utilizaron como fuente para su creación, textos legales nacionales relativamente nuevos e instrumentos legales del derecho internacional, tales como: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y otros instrumentos preparados por la CNUDMI. También fueron empleadas otras fuentes no legislativas como los INCOTERMS (acrónimo del inglés *International Commercial Terms*); la cláusula de fuerza mayor, y las sugerencias relativas a

---

<sup>33</sup>BONELL, Joachim. 1996. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose? [en línea]. Uniform Law Review. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>>. [consulta: 29 de agosto 2010].

las disposiciones sobre *hardship*, preparado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI); al igual que los usos comerciales internacionales<sup>34</sup>.

La estructura de los Principios nos menciona la autora M<sup>a</sup> del Pilar Perales Viscasillas:

... por su forma de presentación, finalidad y contenido recuerdan más a los *Restatements of Contracts* de los EEUU (incluso al propio *Uniform Commercial Code-UCC*) que a los Códigos de los sistemas del *civil law*, excepto por lo que se refiere a su redacción. Pero, incluso ésta acoge las orientaciones de los *Restatements* al acompañarse también de ejemplos (*illustrations*) y de un título para cada artículo que avanza cuál es su contenido<sup>35</sup>.

En lo relativo a la fuerza mayor en los Principios de Unidroit, se encuentra regulada en el artículo 7.1.7 bajo este mismo título, definiéndolo de la siguiente manera:

(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.

---

<sup>34</sup>Ibidem., pp. 229-246.

<sup>35</sup>PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar. 1999. El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>>. [consulta: 16 de septiembre 2010].

(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<sup>36</sup>.

Los comentarios oficiales de este texto indican que, la denominación de fuerza mayor más que deberse a los conceptos empleados en el derecho nacional, hace alusión a la práctica comercial internacional mediante las llamadas “cláusulas de fuerza mayor”, pactadas por la voluntad de las partes en los contratos<sup>37</sup>.

Como se puede observar, el concepto de fuerza mayor es muy parecido en la Convención de Viena y en los Principios de Unidroit. Pero es justo mencionar que en el artículo 7.1.7 de los Principios se incluyen y excluyen elementos del artículo 79 de la CCIM, los cuales sin parecer constituir cambios sustanciales merecen debida atención para determinar las ventajas y desventajas de estas diferencias.

De los conceptos de fuerza mayor de ambos textos internacionales, se pueden destacar elementos comunes que dan una noción general de lo que se puede entender como tal. En este sentido, la fuerza mayor en la contratación

---

<sup>36</sup>UNIDROIT. 1994. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. [en línea]. <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>. [consulta: 10 de septiembre 2012].

<sup>37</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles (article 7.1.7). [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 20 de septiembre 2010].

internacional se refiere a la imposibilidad de cumplimiento de una obligación del contrato por una de sus partes, debido a un impedimento fuera de su control y que, al momento de celebrarse el contrato era razonablemente imprevisible, inevitable o insuperable este y sus consecuencias, teniendo como efecto la exoneración de responsabilidad de la parte que ha sufrido el impedimento.

En comparación a los sistemas jurídicos nacionales, una ventaja que ofrece el concepto de fuerza mayor empleado en los PU y en la CCIM, corresponde a que abarca todo tipo de impedimentos sin que sea necesario entrar a dilucidar cuáles se consideran caso fortuito o fuerza mayor, tal como vimos al estudiar las legislaciones de Chile y Panamá.

Por otro lado, para que se dé la exoneración de responsabilidad, tanto en las legislaciones nacionales como internacionales, son requeridos copulativamente ciertos elementos cuya ocurrencia deberá ser analizada a partir de cada caso en particular.

En las normas uniformes que regulan la contratación internacional, si bien estos elementos pueden llegar a confundirse con los requerimientos de irresistibilidad, imprevisibilidad e inevitabilidad de las legislaciones domésticas, la diferencia radica en su alcance, aplicación e interpretación.

## C. ALCANCE Y APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

La ley que por voluntad de las partes resulte aplicable a un contrato internacional regirá su validez, interpretación, el cumplimiento de las obligaciones, los efectos del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones y cualquiera de sus disposiciones, siempre que dicha ley así lo estipule.

Principalmente, en el caso de estudio, la ley que resulte aplicable al contrato regirá las situaciones de fuerza mayor y *hardship* que afecten la ejecución del contrato y sus consecuencias.

En el caso de que la ley aplicable corresponda a la legislación chilena, es preciso mencionar que este país suscribió la Convención de Viena y la adoptó como parte de su legislación nacional por medio del Decreto No.544 de 3 de octubre de 1990.

A partir de la entrada en vigor en Chile del Decreto No. 544 de 3 de octubre de 1990, se aplica la Convención de Viena directamente a los contratos de compraventa internacional de mercaderías que se encuentran de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1, el cual indica:

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

No obstante lo anterior, a pesar de ser Chile parte contratante de la Convención, es conocido que ha tenido escasa aplicación práctica<sup>38</sup>. Esto debido a que si bien el párrafo 1 del artículo 1 de este texto establece su aplicabilidad, en virtud el artículo 6 se permite a las partes excluir expresamente la aplicación de la Convención.

De esta manera, si las partes en un contrato elijen como ley aplicable la legislación chilena, excluyendo la aplicación de la Convención de Viena, sería aplicable su Código Civil y el Código Comercial en lo que respecta a los casos de fuerza mayor y *hardship*.

Si la legislación aplicable fuese la de Panamá, a diferencia de la chilena, este país no ha suscrito la Convención de Viena de 1980, por consiguiente, se aplicaría directamente al contrato el Código Civil y el Código de Comercio panameño.

---

<sup>38</sup>GROB DUHALDE, Francisco José. 2011. La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980. [en línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXVI). Valparaíso, Chile. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100001&script=sci_arttext)>. [consulta: 26 de mayo 2012].

De ser elegida la Convención de Viena, es de destacar que la misma regula exclusivamente uno de los contratos más relevantes para el comercio mundial, como lo es la compraventa de mercaderías. La normativa de la Convención de Viena, ha sido recogida en distintos sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*), diferentes niveles de desarrollos y estructuras políticas, siendo hasta el 5 de marzo de 2013 setenta y nueve (79) los Estados que han adoptado dicho documento y lo han convertido en su legislación interna<sup>39</sup>.

Si bien el contrato de compraventa no se encuentra definido expresamente dentro del texto legal de la CCIM, del contenido de los artículos 30 y 53 se desprende que por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a “...entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas...”, y el comprador se obliga a “...pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas...”<sup>40</sup>.

El alcance para la aplicación de la CCIM se encuentra regulada en su artículo 1, en el cual se establece que se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en

---

<sup>39</sup>INSTITUTE OF INTERNACIONAL COMMERCIAL LAW. CISG: Table of Contracting States. [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>>. [consulta: 12 de abril 2013].

<sup>40</sup>GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. 2002. El Ámbito de Aplicación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Texto de la ponencia presentada por el autor dentro del marco del Congreso Internacional de Derecho mercantil). [en línea]. Perú. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera.html>>. [consulta: 10 de marzo 2010].

diferentes Estados cuando: esos Estados sean Estados Contratantes (aplicación directa); o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (aplicación indirecta). Por consiguiente, al momento en que las partes por un conflicto determinado recurran ante tribunales ordinarios o de arbitraje, lo primero que se deberá decidir es si dicho texto puede aplicarse para resolver las diferencias presentadas por la ejecución del contrato.

El inciso b) del artículo 1 de la Convención de Viena, se aplica a los casos en que las partes no han elegido la ley aplicable al contrato, debiendo los jueces o árbitros recurrir a las normas de derecho internacional privado para determinar la misma. De este modo, si un contrato de compraventa de mercancías fue negociado por una parte establecida en Chile y otra en Panamá, y si se determina por las normas de derecho internacional privado que la ley aplicable al contrato es la de Chile, se aplicaría la Convención de Viena de 1980 por ser parte de su ordenamiento jurídico interno.

En el artículo 4 de este texto jurídico, también se estipulan las materias que no se encuentran dentro de su alcance, tratándose estas sobre: la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; ni a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

La Convención de igual manera, puede ser excluida como ley aplicable al contrato a través de la manifestación expresa de voluntad de las partes contratantes, o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos con fundamento en lo estipulado en el artículo 6 de este mismo texto legal.

En atención a los Principios de Unidroit, para elegir este instrumento como ley aplicable al contrato, es importante tomar en cuenta la parte del Preámbulo, mediante el cual se establecen sus propósitos y se determinan las reglas generales para su aplicación a los contratos, expresando lo siguiente:

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (\*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Las formas de aplicación de los PU, no se encuentra enumeradas taxativamente en sus Preámbulos, pudiendo servir como instrumento legal en la

práctica tanto nacional como internacional para diferentes propósitos, incluso como guía para la redacción de los contratos<sup>41</sup>.

En cuanto a su alcance, los Principios de Unidroit pueden aplicarse a cualquier tipo de contratos, abarcando además disposiciones sobre validez, salvo que trate sobre la falta de capacidad de las partes (artículo 3.1.1), ilicitud (Sección 2), entre otras disposiciones que hacen de los PU un texto más general.

Otra de las ventajas que tiene la forma de redacción de los Principios, es principalmente: “que se ha intentado reflejar... un texto neutro (que trate por igual a los diferentes contratantes) flexible y adaptable no sólo a las particularidades de los diferentes contratos mercantiles internacionales, sino a las constantes y rápidas variaciones susceptibles de experimentar el comercio internacional”<sup>42</sup>.

Es precisamente en virtud de lo anterior, que el texto legal de los PU ha sido sometido a revisiones y modificaciones siendo las últimas registradas en el 2004 y posteriormente en el 2010. Mientras tanto, la Convención de Viena sigue siendo el mismo texto desde 1980, sin haber recibido actualización por

---

<sup>41</sup>UNILEX. Comentarios de los Principios de Unidroit. Preámbulos. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 21 de septiembre 2010].

<sup>42</sup>Ibidem.

parte de los Estados signatarios.

#### D. CONDICIONES DE LA FUERZA MAYOR

##### 1. ¿Sobre qué obligaciones puede recaer la exoneración de responsabilidad?

En la Convención de Viena de 1980, la exoneración de responsabilidad tal como lo dispone en el artículo 79 (1), puede recaer sobre cualquiera de las obligaciones del contrato, al establecer: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones. . .”.

En virtud de los antecedentes históricos de esta norma, uno de los temas de discusión para las delegaciones de los sistemas del *common law*, durante las sesiones de grupo de trabajo de la CNUDMI, era con respecto a si el artículo 74 de la LUVI o su eventual remplazo (artículo 79 de la CCIM), podría aplicarse a la responsabilidad por la entrega de mercaderías no conformes<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> UNCITRAL. 1975. Yearbook of the United Nation Commission on International Trade Law, 1975, Vol. VI. [en línea]. <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1975-e/vol6-p70-87-e.pdf>>. [consulta: 15 de octubre 2010].

Esta discusión también fue abordada en la Conferencia de la Haya de 1964, en referencia a la redacción del artículo 74 de la LUVI, en donde el tema central fue:

*"...on the choice between the word "obstacle" as opposed to "circumstances". The latter word carried the day at The Hague on the assumption that a seller could be conceivably exempted from liability if the defects could not possibly have been detected at the time the contract was concluded"*<sup>44</sup>.

Los autores Enderlein y Maskow, presentan algunas opiniones doctrinarias del sistema del *common law*, relacionadas con la exoneración en los casos de no conformidad, las cuales se citan a continuación:

*The CISG uses the notion "impediments"[...] and no longer mentions "circumstances" as in Article 74 ULIS, the discussion of which had been controversial already at that time. Honnold (430 fol) has tried to assess this fact in such a way as to explain that this modification was to exclude exemption in the event of non-conformity. This is doubted even by other common law representatives (Nicholas, 240), and this has been rightly contradicted by others (Tallon/BB, 579). The clear wording of the introductory part of the article cannot be changed by pretending that an impediment could not cause non-conformity (in this sense, also Vischer/Lausanne, 177 fol). But we, too, are of the opinion that these differences of opinion are of little practical weight, because impediments as defined in Article 79, paragraph 1 will seldom be the cause of non-conformity (c. also Stoll/Freiburg, 275)*<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> CISG-Advisory Council Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>. [consulta: 15 de octubre 2010].

<sup>45</sup> ENDERLEIN, F. y MASKOW, D. 1992. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Oceana Publications. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art79>>. [consulta: 15 de octubre 2010].

Por su parte, la interpretación que ha dado la jurisprudencia al respecto, ha dejado de manifiesto la extensión del artículo 79 a la posibilidad de exoneración por incumplimiento aun cuando se trate de la entrega no conforme de mercadería. De esta manera se desprende de un fallo del Tribunal de *Commerce de Besançon* en Francia, el cual concedió la exoneración a un vendedor francés, al señalar que: “...*the seller’s failure to perform was due to an impediment beyond its control, since the goods had been manufactured by a third party, and there was no evidence that the seller had acted in bad faith (Art. 79 CISG)*”<sup>46</sup>.

En este mismo contexto, un tribunal alemán resolvió en virtud de una demanda por la venta de mercancías no conformes, que: “. . . la entrega de mercaderías defectuosas puede constituir un impedimento con arreglo al párrafo 1) del artículo 79 de la CCIM...”<sup>47</sup>.

En ambos fallos el criterio que emplearon los tribunales para determinar la posibilidad o no de la exoneración de responsabilidad en la CCIM, se basó principalmente en la importancia de que se cumplieran los requerimientos

---

<sup>46</sup>TRIBUNAL DE COMMERCE DE BESANÇON. 1998. Christian Flippe v. Sarl Douet Sport Collections, N° 97 009265. [en línea]. Francia. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=416&step=Abstract>>. [consulta: 10 de octubre 2010].

<sup>47</sup>UNCITRAL. 2008. Caso CLOUT No. 272. Oberlandsgericht Zweibrüchen, Caso 8 U 46/97. [en línea]. Alemania <[www.unictr.org](http://www.unictr.org)> [consulta: 5 de diciembre 2008].

establecidos en la norma y no en la naturaleza de la obligación contractual incumplida.

No se puede negar que es práctica común de los juristas, asimilar los textos internacionales con las legislaciones nacionales, pero en algunos casos esta praxis desemboca en la consideración de lagunas y discusiones interminables sobre la interpretación de las primeras, cada vez que no son vistas bajo un concepto propio y son confundidas con las instituciones de las leyes domésticas.

La redacción del artículo 7.1.7 (1) de los Principios de Unidroit, por otro lado, no hace referencia directa sobre qué obligaciones puede recaer la exoneración, en su lugar, establece lo siguiente: “El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento. . .”.

Dada la ausencia de expresión alguna sobre las obligaciones que dan lugar a la exoneración en los Principios, se hizo necesario recurrir al artículo 7.1.1 de este mismo texto, que nos brinda una definición de lo que debe entenderse por incumplimiento, indicando como tal: “la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

El concepto de incumplimiento definido en las líneas que preceden, según los comentarios oficiales de los PU, poseen dos características que se les debe prestar particular atención:

la primera, es que el incumplimiento es definido con el fin de incluir todas las formas de cumplimiento defectuoso, así como la falta total de cumplimiento y; la segunda, es que para el propósito de los Principios el concepto de incumplimiento incluye ambos, el incumplimiento inexcusado y el incumplimiento excusado<sup>48</sup>.

Por lo anterior, la excusa de responsabilidad por fuerza mayor en virtud de los PU, puede ser consecuencia de la falta de ejecución de alguna de las obligaciones contractuales, pudiendo tratarse incluso del cumplimiento defectuoso o tardío.

Es así, como a pesar de ser necesario recurrir a otra norma de los PU para interpretar el artículo 7.1.7 (1), se deja de manifiesto la posibilidad de exoneración de todas las formas de incumplimiento, no dando espacio alguno para otra interpretación.

Por otro lado, en las legislaciones nacionales no existe esta problemática, ya que los efectos de la exoneración de responsabilidad establecidos en sus códigos civiles aplican a las obligaciones generales de los contratos.

---

<sup>48</sup>UNILEX. Comentarios Oficiales de los Principios de Unidroit. Artículo 7.1.1. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 5 de noviembre 2010].

En el Libro Cuarto denominado “De las Obligaciones en General y de los Contratos” de la legislación civil chilena, se establece el efecto de las obligaciones en su artículo 1547, el cual indica:

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

En virtud de que estos efectos se encuentran contemplados en el Libro sobre Obligaciones en General, se puede concluir que alcanza a todas las obligaciones sean estas de dar, hacer o no hacer, con excepción de aquellos casos previstos por la ley o por acuerdo de las partes.

En la legislación civil de Panamá, al igual que en la chilena, en el Libro Cuarto “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, se encuentra consagrada la exoneración de responsabilidad, estipulando en el artículo 990 lo que sigue:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Asimismo, se especifica en el artículo 973 del Código Civil panameño que: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer”. Por lo tanto, se entiende que la exoneración de responsabilidad aplica a todas las obligaciones, salvo aquellas en que la obligación declare lo contrario.

## 2. Concepto de impedimento

Dentro de los instrumentos que regulan la contratación internacional, como requisito previo a la exoneración es requerido que la falta de cumplimiento sea debido a un “impedimento”, con fundamento en lo establecido en el artículo 79 (1) de la CCIM y el artículo 7.1.7 (1) de los PU.

El requisito de impedimento en ambos textos internacionales es bastante similar, debido a que como hemos visto los PU tuvieron como fuente inmediata la norma de exoneración de la CCIM, y sus redactores no realizaron modificación alguna en este aspecto.

No obstante, ninguno de estos textos nos brinda dentro de su literal alguna referencia de lo que debemos interpretar como tal. Tampoco dando un vistazo a la historia legislativa que dio nacimiento a este concepto, fue posible encontrar muchos matices que nos ayudaran a determinar cuál es el sentido y alcance del mismo.

En el artículo 74 (1) de la LUVI (precedente del artículo 79 de la CCIM), en principio se hacía referencia al término “circunstancias” (aunque el término impedimento ya había sido mencionado en su párrafo segundo), pero se abandonó por considerarse que hacía muy fácil la exoneración de responsabilidad por incumplimiento. Posteriormente, el grupo de trabajo de la UNCITRAL adoptó el término “impedimento” en lugar de “circunstancias”, con la finalidad de hacer la norma más restringida y objetiva.

En base a estos antecedentes legislativos, se puede mencionar que la palabra “impedimento” fue adoptada en la CCIM como: “... *denoting, like "obstacle," an external barrier to performance, rather than an aspect of that performance. . .*”<sup>49</sup>. Sin embargo, la idea de impedimento como un “obstáculo”, sigue siendo igual de imprecisa.

La problemática de no encontrar una definición apropiada en los trabajos preparatorios de la CCIM, radica en aplicar uniformemente las normas internacionales cuando su sentido y alcance no es del todo determinable, dejando esta tarea en manos de jueces y árbitros. En este sentido, fue posible encontrar un fallo donde se aplicó el artículo 79 (1) de la Convención, en el cual se señala que un impedimento es: “un riesgo irresistible o un evento

---

<sup>49</sup>BARRY, Nicholas. Op. cit., pp. 5-10.

absolutamente excepcional, como la fuerza mayor, la imposibilidad económica o la carga excesivamente onerosa”<sup>50</sup>.

Con respecto a la consideración de este tribunal, podemos señalar que en el mismo se hizo referencia a instituciones jurídicas no consagradas en esta norma, los cuales incluso son inapropiadas para definir el artículo 79 (1) de la CCIM, principalmente cuando se trata de la excesiva onerosidad. Precisamente a razón de este planteamiento, es señalado por la autora María del Pilar Perales, que: “uno de los riesgos mayores que se aprecian en la interpretación y aplicación del artículo 79 por parte de los jueces y árbitros es el que tiendan a interpretar esa disposición a la luz de las teorías que conocen”<sup>51</sup>.

Sin embargo, una ventaja que ofrece el concepto de impedimento en el derecho internacional, es que abarca en una sola concepción todos los hechos del hombre, actos de Dios o acontecimientos de la naturaleza que impidan el cumplimiento de las obligaciones del contrato, eludiendo las complicaciones que conllevan las diferencias conceptuales existentes en los distintos sistemas jurídicos, tal como pudimos observar en las legislaciones de Panamá y Chile.

---

<sup>50</sup>UNCITRAL. 2004. Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 79-A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79. [en línea]. <[www.uncitral.com](http://www.uncitral.com)>. [consulta: 5 de noviembre 2010].

<sup>51</sup>PERALES VISCASILLA, María del Pilar. 2001. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>>. [consulta: 5 de noviembre 2010].

En los comentarios correspondientes a los PU se expresa, que un impedimento en virtud de este texto, abarca todos los motivos cubiertos en el sistema del *common law* por la doctrina de la frustración e imposibilidad del cumplimiento, y en los sistemas del *civil law* por las doctrinas tales como fuerza mayor, *Unmöglichkeit*, etc., pero no es idéntico a éstas<sup>52</sup>.

En términos más específicos, resulta difícil realizar una lista de los eventos que constituyen fuerza mayor, no obstante, es importante considerar que incluso en las legislaciones nacionales a pesar de dar un ejemplo de los casos de fuerza mayor y caso fortuito, no ha sido posible definir de forma concreta las circunstancias que pudieran dar lugar a la exoneración de responsabilidad.

En la legislación chilena, se menciona en la definición de fuerza mayor o caso fortuito algunos eventos que liberan a una parte de su responsabilidad, tales como: terremotos, naufragios, apresamiento de enemigos, entre otros; estas enumeraciones no son exhaustivas, pudiendo igualmente ser eximentes otros acontecimientos que sean semejantes o de parecida índole.

En la legislación panameña, esta situación se complica al tener que definir además si la situación es producida por un hecho el hombre (fuerza mayor) o

---

<sup>52</sup>UNILEX. Comentarios Oficiales de los Principios de Unidroit. Artículo 7.1.7 [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 21 de noviembre 2010].

proviene de un acontecimiento de la naturaleza (caso fortuito). Se mencionan en el artículo 34 (d) del Código Civil panameño como ejemplos de hechos del hombre, los actos de autoridad de funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros similares; y como acontecimientos de la naturaleza un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole. Al utilizar esta norma frases como “otros similares” en el caso de la fuerza mayor y “otros de igual o parecida índole” en el de caso fortuito, da cabida a la consideración de otros eventos que pudiesen considerarse como eximentes de responsabilidad.

Como consecuencia de no poder determinar una lista de los eventos que pueden ser considerados impedimentos para el cumplimiento del contrato en el derecho nacional e internacional, se deja esta decisión al criterio de los jueces y árbitros, siempre que las partes no hayan acordado nada al respecto.

Los criterios que serán utilizados para la valoración del impedimento dependerán de las condiciones en que este se presente y su relación causal con el incumplimiento del contrato.

De esta manera se señaló en un fallo dictado por un tribunal arbitral establecido bajo el alero del Centro Arbitral de México en aplicación del artículo 7.1.7 de los PU, en el cual el árbitro consideró que: “el que el evento justifique

un incumplimiento parcial o total del contrato depende del evento y su impacto”<sup>53</sup>.

Asimismo, para que pueda reclamarse la exoneración de responsabilidad, la presencia de un impedimento por sí sólo no es suficiente para que sea otorgada la exoneración, para ello se requiere que se cumplan copulativamente elementos establecidos tanto en las normas nacionales como internacionales.

En la legislación civil panameña, para que se configure el caso fortuito y la fuerza mayor se requiere que el hecho sea imprevisible, inevitable o irresistible e inimputable al deudor (artículos 34d y 990). Estos elementos son muy parecidos a los establecidos por el Código Civil chileno, en el cual para que se configure el caso fortuito, el hecho debe ser inimputable al deudor, imprevisto e irresistible (artículo 45 y 1547).

De las normas internacionales, se desprende del artículo 79 (1) de la CCIM y del artículo 7.1.7 (1) de los PU, que para que tenga lugar la exoneración de responsabilidad, el impedimento debe ser fuera del control de la parte que falta a la obligación, y además, debe comprobarse que no cabía razonablemente

---

<sup>53</sup> UNILEX. 2006. Centro de Arbitraje de México (CAM). [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=FullText>>. [consulta: 21 de noviembre 2010].

esperar tenerlo en cuenta en el momento de la celebración del contrato, evitarlo o superarlo o sus consecuencias.

Realizando una comparación entre los elementos indicados en las legislaciones de Panamá y Chile con las normas de la Convención y de los Principios, existen algunas condiciones que parecen similares, sin embargo, se diferencian a nuestra consideración en que las leyes internacionales tienen un mayor grado de exigencia en la prueba de la ocurrencia de la fuerza mayor, tal como veremos cuando tratemos cada uno de estos requerimientos de manera detallada.

Con respecto a la práctica jurisprudencial internacional, hasta el momento han sido pocos los casos en que se ha concedido la exoneración de responsabilidad, siendo estos precedentes en su mayoría del texto de la Convención.

En estos casos los impedimentos que dieron lugar a la exoneración de responsabilidad corresponden a la entrega de mercaderías no conformes, al estimar el tribunal que la entrega de mercadería en ese estado se encontraba fuera del control del vendedor y de no haberse comprobado que el vendedor

actuaba de mala fe<sup>54</sup>; la falta del certificado de conformidad negada por autoridades del país del comprador que impedían la importación, debido a que el hecho de no hacerse el comprador cargo de las mercaderías estaba “*beyond his control*”<sup>55</sup>; la entrega tardía de mercaderías, al no poder considerarse al vendedor responsable de la conducta del porteador, concluyéndose que el vendedor cumplía oportunamente sus obligaciones si enviaba a tiempo las mercaderías<sup>56</sup>.

En cuanto a los PU, a pesar de no existir muchos precedentes publicados que se pronuncien en relación al sentido y alcance del término impedimento, a fin de facilitar su aplicación podemos encontrar en los comentarios oficiales algunas ilustraciones que nos esbozan una idea de los criterios que deben ser empleados para la aplicación de esta norma.

De estas ilustraciones, podemos mencionar que no se exonerará de responsabilidad cuando: en primer lugar, el riesgo del impedimento ha sido asignado en el contrato y cuando no se cumplen algunos de los elementos

---

<sup>54</sup>TRIBUNAL DE COMMERCE DE BESANÇON, Francia. Christian Flippe v. Sarl Douet Sport Collections, N° 97 009265. Op. cit., s.p.

<sup>55</sup>TRIBUNAL DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA. 1997. Caso 155/1996. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=376&step=Abstract>>. [consulta: 5 de noviembre 2010].

<sup>56</sup>UNICTRAL. 1999. CLOUT 331. Handelsgericht des Kantons Zürich. Caso HG 45/1994. [en línea]. Suiza. <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>. [consulta: 17 noviembre 2010].

señalados en el artículo 7.1.7<sup>57</sup>. También se señala en los comentarios de los PU un ejemplo de lo que puede ser considerado como impedimento, en el cual se ilustra:

“A”, un fabricante del país “X”, vende una planta de energía nuclear a una compañía eléctrica del país “Y”. En virtud de las cláusulas del contrato, “A” se obliga a proveer todas las necesidades de uranio por diez años, a un precio fijo en dólares estadounidenses que han de ser abonados en Nueva York...

(2) Cinco años después el gobierno de “Y” impone un régimen de control de cambios que le impide a “B” pagar en una moneda que no sea la de “Y”. La obligación de “B” de pagar en dólares estadounidenses es excusable. “A” tiene derecho a resolver el contrato de suministro de uranio<sup>58</sup>.

En base a un contexto general corresponde decir, que los criterios que deben ser empleados para determinar la exoneración de responsabilidad en la Convención y en los PU, son bastantes parecidos, aunque en la práctica esto puede variar en virtud de la aplicación que le den los tribunales a estas normas, al ser los jueces y árbitros los responsables de su interpretación.

En los Principios de Unidroit principalmente, la evaluación de la presencia de un evento que constituye fuerza mayor dependerá del tipo de contrato al que se aplique esta disposición, por el amplio alcance que tiene este texto.

---

<sup>57</sup>UNILEX. Comentarios de los Principios de Unidroit. Artículo 7.1.7. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 21 de noviembre 2010].

<sup>58</sup>Ibidem.

### 3. Impedimento fuera del control de la parte incumplidora

Para que una parte pueda ser exonerada de su responsabilidad por incumplimiento, es necesario que exista la presencia de un “impedimento”. Pero la sola ocurrencia de un evento que haga imposible el cumplimiento, como ya hemos señalado, no constituye una excepción, este debe además encontrarse “*beyond his control*” en virtud de lo consagrado en el artículo 79 de la CCIM y 7.1.7 de los PU.

La idea de impedimento, es sin duda, mucho más clara cuando se exige que sea fuera del control de la parte que incumple, pues en definitiva la palabra leída por si sola es imprecisa y dificulta determinar su alcance.

El alcance de un impedimento es determinado por su carácter externo, es decir, externo a la actividad de la parte incumplidora<sup>59</sup>, por lo tanto, cualquier impedimento relacionado con el desarrollo de las actividades del deudor no se considerará fuera de su esfera de control.

En otras palabras, tal como nos indica la autora María del Pilar Perales Viscasillas, un impedimento fuera del control de una parte, incluye:

...todo aquello que se refiere a la organización o producción de las partes y que forma parte de las obligaciones mínimas de cuidado y diligencia

---

<sup>59</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 579-580.

que un empresario debe guardar en relación con su negocio. Asimismo y en relación con el propio contrato, queda dentro del control de las partes todo aquello que se deriva de sus obligaciones legales y/o contractuales...<sup>60</sup>.

Entre algunos acontecimientos considerados dentro de la esfera de la responsabilidad personal del promitente, y no lo exonera de su obligación de cumplimiento, se encuentran: los fracasos empresariales, incapacidad de personal, liquidación o quiebra, el fracaso de la producción o los sistemas de contabilidad, falta de equipos para el procesamiento de datos, incapacidad para mantener el personal necesario, enfermedad, muerte o detención del promitente, la incapacidad del proveedor para proporcionar materia prima, la huelga que constituye una confrontación interna en una fábrica, o el aumento excesivo en el precio de las materias primas<sup>61</sup>.

Otras circunstancias que podemos señalar se encuentran bajo el control del vendedor, son aquellas que: “. . .*he disposes of the required financial means to ensure manufacture and procurement, timely takes care of needed sub-*

---

<sup>60</sup>PERALES VISCASILLA, María del Pilar. 2001. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías. Op. cit., s.p.

<sup>61</sup>FLAMBOURAS, Dionysios. 2001. The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html#19>>. [consulta: 23 de noviembre 2010].

*supplies, and does all that is in his power to obtain authorizations by the State*<sup>62</sup>.

En base a lo indicado en la cita anterior, la obligación de solicitud de autorizaciones públicas para el cumplimiento de la obligación, a diferencia de la CCIM, están reguladas por los Principios de Unidroit en sus artículos 6.1.14 al 6.1.17, expresándose cuál de las partes asume la obligación y sus efectos en caso de no ser ni otorgada ni denegada dentro del plazo convenido o si la misma ha sido denegada.

Adicionalmente, las regulaciones gubernamentales y las acciones de funcionarios oficiales gubernamentales que impidan el cumplimiento del contrato, sí podrían constituir un impedimento fuera del control de las partes, siempre que cumplan además con los otros elementos que configuran la exoneración de responsabilidad. El párrafo 2 del artículo 6.1.17 de los PU señala: “(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato”.

Con respecto a la imposibilidad por dificultades financieras que se presenten en la ejecución del contrato, no es considerado por la jurisprudencia como una

---

<sup>62</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 321-323.

circunstancia fuera del control de las partes. Esta situación podemos apreciarla en un fallo en el cual un Tribunal Alemán determinó que las dificultades en la entrega debido a problemas financieros del vendedor, o a los problemas financieros de los proveedores del vendedor (incluso cuando están conectados a los actos de la autoridad pública en el país del proveedor) no son considerados un impedimento fuera del control del vendedor<sup>63</sup>.

También se encuentra otro fallo, en el cual, el Tribunal Supremo de Arbitraje de la Federación Rusa, negó la exoneración de responsabilidad por no constituir un impedimento “*beyond buyer’s control*” en virtud del artículo 79 de la CCIM, a un comprador que fue demandado por la falta de pago, alegando que el dinero fue robado del banco extranjero<sup>64</sup>.

Existen otros impedimentos que han sido objeto de estudio doctrinal, como es el caso de las huelgas, indicándose que podrían constituir un impedimento siempre que no se trate de una confrontación interna de una fábrica o de un negocio<sup>65</sup>. A nuestra consideración, cualquier situación relacionada con la falta de pago, prestación de seguros médicos, riesgos de seguridad y demás

---

<sup>63</sup>UNCITRAL. 1996. Schiedsgericht der Handelskammer – Hamburg. CLOUT 166. [en línea]. Germany. <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>. [consulta: 26 de noviembre 2010].

<sup>64</sup>HIGH COURT OF ARBITRATION OF THE RUSSIAN FEDERATION. 1998. Caso N° 29. [en línea] <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=365&step=Abstract>>. [consulta: 3 diciembre 2010].

<sup>65</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 322-323.

circunstancias que sean reconocidos como derechos de los empleados de una empresa o negocio por las legislaciones laborales nacionales, se encuentran indudablemente dentro de la responsabilidad del contratante, por lo que no habría cabida a la exoneración.

Las huelgas generales por el contrario, sí pueden constituir un impedimento, aunque estas pueden resultar en algunos casos previsibles, por lo que se hace necesario analizar cada caso en concreto.

Adicionalmente, es afirmado por el autor Joern Rimke, que el incumplimiento por la entrega de las mercaderías genéricas no constituye un impedimento fuera del control del deudor, al señalar: *“In the case of generic goods, the seller always bears the risk of procuring the goods. Other goods may be obtained to replace those that are lost”*<sup>66</sup>.

De acuerdo a los comentarios de la Secretaría de la CNUDMI sobre el proyecto de la CCIM, las consecuencias de la pérdida o deterioro de las mercaderías genéricas pueden ser superados, por lo que la parte afectada por el impedimento no sólo deberá sufrir la pérdida, sino que también deberá reponer la mercadería. Si por motivo de la reposición de la mercadería perdida,

---

<sup>66</sup>RIMKE, Joern. 1999-2000. Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>>. [consulta: 29 de enero 2013].

la parte encargada de la entrega no cumple con el tiempo estipulado en el contrato, podrá, no obstante, ser exonerado de responsabilidad por la entrega tardía de las mismas<sup>67</sup>.

Por otra parte, en las legislaciones de Panamá y Chile, para que se dé lugar a la exoneración se requiere que el hecho o acontecimiento sea ajeno a la voluntad del deudor, conociendo esta condición bajo el término de inimputabilidad, aunque no se mencione de esta manera en sus definiciones de fuerza mayor o caso fortuito.

El autor Arturo Alessandri señala respecto al régimen de responsabilidad contractual que sigue la legislación de Chile, lo cual aplica de igual manera para la panameña, que:

En nuestra legislación reina el principio de la responsabilidad subjetiva y, por ende, un daño o perjuicio le es imputable a un sujeto cuando lo ha causado con dolo o culpa. El deudor no responde de los perjuicios originarios por el incumplimiento íntegro de la obligación o de su cumplimiento tardío si ello se debe no a su culpa o dolo, sino a causas ajenas a su voluntad<sup>68</sup>.

Además, la jurisprudencia chilena se pronuncia sobre este requisito en el considerando cuarto de la siguiente sentencia de la Corte de Apelaciones de

---

<sup>67</sup> Secretary Commentary on article 65 of the 1978 Draft of the CISG. Guide to CISG Article 79. (Closest Counterpart to an Official Commentary). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. [consulta: 5 de diciembre 2010].

<sup>68</sup> TRATADO DE LAS OBLIGACIONES: de las obligaciones en general y sus diversas clases. 2001. Por Arturo Alessandri "et al". 2a. ed. Santiago, Chile, Jurídica de Chile. 278 p.

Santiago: “Que el hecho deba ser generado por una causa extraña a la voluntad del deudor significa que éste no ha debido contribuir de ninguna manera a causarlo...”<sup>69</sup>.

De lo anterior se considera, que el caso fortuito o fuerza mayor es ajeno a la voluntad del deudor, es decir, “la fuerza mayor supone siempre que el deudor sea ajeno absolutamente a su ocurrencia, en el sentido de que no es una actividad intencional, consiente y voluntaria la que ha desencadenado el fenómeno en que consiste”<sup>70</sup>.

La carga de la prueba del caso fortuito según lo establecido en el párrafo 3 del artículo 1547 del Código Civil chileno, funciona de la siguiente manera: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

En el caso de Panamá, el requisito de inimputabilidad se refleja en el artículo 990, el cual indica: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

---

<sup>69</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de Apelación, Rol 5703-2000. Compañía de Seguros La República S.A. con Transportes Servidario S.A.”. Considerando N° 4. Chile. 27 de septiembre de 2007.

<sup>70</sup>RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 1992. La obligación como deber de conducta típica: (la imprevisión en Chile). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 81 p.

Para el Dr. Javier Tamayo, “desde que los efectos del evento sean imprevisibles e irresistibles, se excluye a priori la existencia de una culpa por parte del causante del daño”<sup>71</sup>.

Por otro lado, se pueden apreciar circunstancias establecidas por ley en la legislación civil y comercial de Panamá y Chile, que hacen al deudor responsable del incumplimiento aun cuando se trate de fuerza mayor o caso fortuito.

En la legislación panameña, una de estas circunstancias corresponde a la morosidad por parte del deudor, encontrándose consagrada en los artículos 981 y 986 del Código Civil. Asimismo, el párrafo 1 del artículo 233 del Código de Comercio de Panamá, aplicable a todos los contratos mercantiles, estipula que: “El deudor en mora deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su falta y responderá hasta del caso fortuito”.

Como hemos visto en el Código Civil chileno, la responsabilidad por mora se encuentra estipulada en el párrafo 2 del artículo 1547. No obstante, se establece en el párrafo 2 del artículo 1558 de este mismo texto legal, que la

---

<sup>71</sup>TAMAYO, Francisco. 1985. Las causales de exoneración de la Responsabilidad Civil. Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas N° 57. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. 88 p.

mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios.

De manera más específica, en los Códigos de Comercio de ambos países, se regula de forma diferente la carga de la fuerza mayor o caso fortuito en determinados contratos mercantiles, como lo es por ejemplo la compraventa.

En el caso de la compraventa, el artículo 143 del Código de Comercio chileno y 757 del Código de Comercio panameño, regulan de forma muy similar los riesgos que serán a cargo del vendedor aunque la pérdida, deterioro o disminución de valor sobrevinientes a la perfección del contrato provengan de caso fortuito. Los riesgos que serán a cargo del vendedor tomando como referencia el artículo 143 del Código de Comercio de Chile, se mencionan a continuación:

1° Cuando el objeto vendido no sea un cuerpo cierto y determinado, con marcas, números o cualesquiera otras señales que establezcan su identidad y lo diferencien de otro de la misma especie;

2° Si teniendo el comprador, por la convención, el uso o la ley, la facultad de examinar y probar la cosa, pereciere ésta o se deteriorare antes que el comprador manifieste quedar contento con ella;

3° Cuando las mercaderías, debiendo ser entregadas por peso, número o medida, perecieren o se deterioraren antes de pesarse, contarse o medirse, a no ser que fueren compradas a la vista y por un precio alzado, o que el comprador hubiere incurrido en mora de concurrir al peso, numeración o medida.

Esta regla se aplicará también a la venta alternativa de dos o más cosas fungibles que deban ser entregadas por número, peso o medida;

4° Siempre que la venta se hubiere verificado a condición de no entregarse la cosa hasta vencido un plazo determinado, o hasta que se

encuentre en estado de ser entregado con arreglo a las estipulaciones del contrato;

5° Si estando dispuesto el comprador a recibir la cosa, el vendedor incurriere en mora de entregarla, a no ser que hubiera debido perecer igualmente en poder del comprador si éste la hubiera recibido;

6° Si en las obligaciones alternativas pereciere fortuitamente una de las cosas vendidas.

Pereciendo las dos, y una de ellas por hecho del vendedor, éste deberá el precio corriente de la última que pereció, siempre que le corresponda la elección.

Si la elección no perteneciere al vendedor, y una de las cosas hubiere perecido por caso fortuito, el comprador deberá contentarse con la que exista; mas si hubiere perecido por culpa del vendedor, podrá exigir la entrega de la existente o el precio de la pérdida.

Además, en el artículo 597 del Código de Comercio de Panamá referente al mandato mercantil, se hace al mandatario responsable de la pérdida o extravío de fondos metálicos o moneda corriente que tenga en su poder, pertenecientes al comitente, aunque el daño o pérdida provenga de caso fortuito o de violencia, a no ser que lo contrario se haya pactado expresamente y salvas las excepciones que nacieren de circunstancias especiales, cuya apreciación quedará a la prudencia y equidad de los tribunales.

En un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en referencia al contrato de préstamos mercantil, se indica que:

“La pérdida de la cosa por fuerza mayor no causa la extinción de la obligación en los contratos de préstamos de dinero, en que el prestatario adquiere la propiedad de un bien fungible como lo es el dinero, y se obliga a devolverlo, más intereses, en el término convenido”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. 1994. Sala Contencioso-Administrativa. Proceso de Banco Nacional de Panamá vs. Bossini International, Inc. R.J. julio de 1994.

Luego de estudiado el elemento de la inimputabilidad en las legislaciones nacionales, podemos indicar que si bien la normativa civil y comercial de Panamá y Chile no son idénticas, si existe similitud en relación al requisito de inimputabilidad en la exoneración de responsabilidad contractual debido a fuerza mayor o caso fortuito.

En comparación con las leyes nacionales, las normas uniformes internacionales se construyeron bajo una base de responsabilidad contractual estricta y objetiva, la cual hace más exigente la exoneración. El sistema de atribución de responsabilidad objetiva y estricta, es definido de la siguiente manera por el autor chileno Álvaro Vidal:

Es responsabilidad objetiva porque la atribución de la misma prescinde de la culpa del deudor, o expresado de otro modo, el deudor responde sin consideración a si su incumplimiento se debió, o no, a su culpa; o a la observancia de la diligencia exigible... Y es una responsabilidad estricta porque admite la posibilidad de exoneración del deudor cuando el incumplimiento se ha debido a un incumplimiento fuera de su control<sup>73</sup>.

En este sentido, el mismo autor plantea que: “En la Convención la conducta del deudor se mide de acuerdo a un estándar más exigente que el del derecho civil continental. Se abandona el concepto de hombre diligente y se adopta el de persona razonable”<sup>74</sup>. Por lo tanto, en virtud de las normas internacionales el deudor tendrá la ardua labor de probar que la fuerza mayor estuvo fuera de

---

<sup>73</sup>VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento contractual y los derechos de que dispone el acreedor en la Compraventa Internacional. Op. cit., 451 p.

<sup>74</sup>Ibidem.

su esfera de control, lo cual le brinda a nuestra consideración, mayor seguridad al acreedor de recibir la indemnización por daños y perjuicios que ha sufrido por el incumplimiento, sin perjuicio de los demás remedios que tenga derecho a recurrir.

4. Impedimento que no cabía razonablemente esperar tenerse en cuenta

Otro de los elementos establecidos para la exoneración de responsabilidad, consiste en que la falta de cumplimiento se deba a un impedimento que no cabía razonablemente esperar que se tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato. Así se expresa en el artículo 79 (1) de la CCIM, que establece:

- 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

En el texto de los PU, el literal del artículo 7.1.7 es bastante similar a la disposición de la CCIM al determinar que una parte se excusa si prueba que: “el impedimento fue debido a un incumplimiento (. . .) que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta”.

Este requisito es generalmente relacionado con el término imprevisibilidad, conocido como una de las características principales de la fuerza mayor en las legislaciones domésticas, en las cuales se entiende que:

“Un hecho es imprevisto cuando ninguna razón hay para esperar su ocurrencia... Y el hecho debe ser imprevisto e irresistible en sí, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo y resistirlo”<sup>75</sup>.

En la legislación panameña el requisito de un acontecimiento imprevisto se establece en la definición de caso fortuito y no así en el de fuerza mayor del artículo 34 d del Código Civil. No obstante, respecto a los efectos de las obligaciones del artículo 990 se señala que nadie responderá de aquellos sucesos que no han podido preverse, dentro de los cuales se incluye la fuerza mayor.

En la legislación chilena, en la definición de fuerza mayor o caso fortuito del artículo 45 del Código Civil, se inicia indicando que se llama como tal “el imprevisto”, convirtiéndose este en un requerimiento para que concurra esta institución. La imprevisibilidad, se señala que es el elemento típico en la fuerza mayor o caso fortuito<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup>ARTURO ALESANDRI. Op. cit., pp. 280-281.

<sup>76</sup>RAMOS PAZOS, René. Op. cit., 259 p.

El autor Hernán Larraín, indica al respecto que: "...todos los acontecimientos pueden ser previstos; pero, en realidad, basta que se trate de acontecimientos poco frecuentes, que ocurren súbitamente sin que normalmente pudieran preverse que ocurrieran"<sup>77</sup>.

En la contratación internacional, aumentan las posibilidades de la ocurrencia de un acontecimiento en virtud de la convergencia de diferentes aspectos que implican el desenvolvimiento del comercio transnacional, lo que demanda una mayor exigencia de previsibilidad para asegurar el cumplimiento del contrato.

La previsibilidad de todo impedimento, en base a los PU y a la CCIM debe tomarse en cuenta al momento de la celebración del contrato. Durante ese periodo, las partes deben considerar las condiciones en las cuales se está celebrando el contrato y prever las situaciones que girarán en torno al mismo, por ejemplo:

*the duration of the contract (the longer the duration, the less likely the contracting parties will be able to foresee possible impediments), the fact that the price of the goods sold tends to fluctuate in the international market, or the fact that early signs of the impediment were already obvious at the time of the conclusion of the contract*<sup>78</sup>.

El elemento de previsibilidad es considerado el más difícil de probar para la parte incumplidora, según los comentarios de la Secretaría de la CNUDMI

---

<sup>77</sup>LARRAIN RIOS, Hernán. Op. cit., 18 p.

<sup>78</sup>LAMBOURAS, Dionysios. Op. cit., 271 p.

respecto al proyecto de la CCIM. Además, se expresa en los comentarios que todos los posibles impedimentos son previsibles en un grado u otro. Impedimentos tales como: embargos, huelgas, guerras, tormentas, crisis económicas, entre otros, ya han ocurrido en el pasado y se puede esperar que se repitan en el futuro<sup>79</sup>.

La previsibilidad sin embargo tiene su límite, y este se encuentra establecido en las disposiciones de la CCIM y de los PU, al indicar que el impedimento debe ser razonablemente tomado en cuenta, entendiéndose esta frase como: “...it is proceeded in the customary way, like comparable parties would do”<sup>80</sup>.

La expresión de “persona razonable” ha sido comparado por Denis Tallon, con el concepto del derecho doméstico de “buen padre de familia”, que según el mencionado autor esto es: “...halfway between the pessimist who foresees all sorts of disasters and the resolute optimist who never anticipates the least misfortune”<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup>Secretary Commentary on article 65 of the 1978 Draft of the CISG. Guide to CISG Article 79. (Closest Counterpart to an Official Commentary). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. [consulta: 6 diciembre 2010].

<sup>80</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., 323 p.

<sup>81</sup>TALLON, Denis. Op. cit., 580 p.

Dentro de la jurisprudencia hemos de distinguir un fallo de la Corte de Apelaciones de Colmar, Francia, en la cual el demandado fundamentaba su incumplimiento en el alto costo que significaba para él la fabricación de componentes por el demandante, en virtud de ello, el Tribunal realizó la siguiente observación: “correspondía al [demandado], como profesional experimentado en la práctica mercantil internacional, prever garantías de ejecución de las obligaciones del [demandante] o modalidades de revisión de dichas obligaciones. En caso contrario, le corresponde asumir los riesgos de un incumplimiento”<sup>82</sup>. (El subrayado es nuestro).

Este fallo desarrolla a nuestra consideración una idea bastante clara y objetiva de lo que podemos calificar como previsibilidad en el derecho uniforme, entendiéndose que una parte deberá asumir los riesgos de no prever las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato o las modalidades de revisión de las obligaciones en caso de que se haga imposible o difícil su ejecución.

En cuanto al concepto de una persona razonable, resultaría entonces que una persona que no sea experimentada en la práctica comercial internacional, deberá igualmente emplear todos los mecanismos necesarios para la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato, tal como si se tratara de un

---

<sup>82</sup>COUR D'APPEL DE COLMAR, Francia, (Romain AG v. SARL Behr France). Op. cit., CLOUT 480.

profesional experimentado, de lo contrario, de no prever las situaciones razonables de riesgo será responsable de su falta.

#### 5. Impedimento que no cabía razonablemente evitarse o superarse

En la legislación de Panamá y Chile, la definición de fuerza mayor hace referencia al hecho que no es posible resistir. Pero a diferencia de la legislación chilena, en el concepto de caso fortuito de la ley civil panameña, no se menciona este requisito, por lo que una vez más se debe recurrir al artículo 990 del Código Civil que contempla el elemento de inevitabilidad.

La irresistibilidad, como “situación o hecho que conforma el caso fortuito impide que el deudor encuentre la forma de eludir sus efectos y, por lo mismo, cumplir la obligación”<sup>83</sup>.

El concepto de irresistibilidad, es utilizado como sinónimo de inevitabilidad en la doctrina nacional, tal es el caso del autor Fernando Fueyo Laneri, quién señala: “esto quiere decir que es imposible evitarlo en su constitución o en sus

---

<sup>83</sup>RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. cit., 76 p.

efectos, de modo que ni el deudor ni persona alguna que se coloque en esa situación podría impedir la sucedido”<sup>84</sup>.

En referencia al requisito de irresistibilidad en la fuerza mayor, se encontró un fallo de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en la cual se estimó que la orden de cautelación o congelamiento del Procurador General de la Nación se enmarca dentro de un acto de autoridad, de imprescindible acatamiento por parte de su destinatario, el Banco recurrente. Se trata de un mandato irresistible para el Banco e incontrastable para éste, cuya desobediencia encierra el riesgo de la imposición de sanciones debidas justamente al desobedecer la orden de autoridad representada por el mandato del Jefe del Ministerio Público<sup>85</sup>.

En las legislaciones internacionales, la parte que quiera se le exonere de responsabilidad por incumplimiento a causa de fuerza mayor, también deberá probar que la falta se debió a un impedimento, que no cabía razonablemente evitarlo o superarlo, o evitar o superar sus consecuencias.

---

<sup>84</sup>FUEYO LANERI, Fernando. 1991. El Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 392 p.

<sup>85</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. 1997. Recurso de Casación, Sala de lo Civil. Caso Swiss Bank Corporation (Overseas), S. A. vs. Corporación Ánade, S. A. junio 1997.

El término inevitable, supone “una cierta obligación de diligencia y cuidado”, mientras la superabilidad significa hacer lo posible para el cumplimiento<sup>86</sup>.

Para lograr el objetivo de evitar cualquier interrupción al cumplimiento del contrato, se señala que: “. . . *measures will have to be taken against such impediments which are generally looming*”<sup>87</sup>. Por otra parte, una vez se haya puesto de manifiesto el impedimento, “*it has to be overcome as speedily as possible. . . It is the requirement of overcoming which is aimed at removing the consequences of disturbances*”<sup>88</sup>.

El grado de evitabilidad o superabilidad de los impedimentos o sus consecuencias se encuentran en la razonabilidad, es decir, el actuar de una persona razonable en una situación similar, tal como lo vimos al referirnos al tema de imprevisibilidad.

En los comentarios de la Secretaría de la CNUDMI sobre el proyecto de la CCIM, se sostiene que:

*. . . that a party who is under an obligation to act must do all in his power to carry out his obligation and may not await events which might later justify his non-performance. This rule also indicates that a party may be required to perform by providing what is in all the circumstances of the*

---

<sup>86</sup>PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías. Op. cit., s.p.

<sup>87</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 323-324.

<sup>88</sup>Ibidem., pp. 323-324.

*transaction a commercially reasonable substitute for the performance which was required under the contract*<sup>89</sup>.

La frase “*commercially reasonable substitute*” que se emplea en el comentario de la Secretaría de la CNUDMI, es considerada excesiva por la falta de precisión del artículo 79 (1), en conflicto con el artículo 35 (1)<sup>90</sup> que regula la “Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros”, debido a que: “*This solution might, in addition, be dangerous as it would enable one party to modify unilaterally the terms of the contract. . .*”<sup>91</sup>.

En la sustitución de las mercaderías, sin embargo, lo que prima es lograr el cumplimiento del contrato que las partes acordaron en virtud de su voluntad, y sobre el fin comercial que los llevó a negociar el mismo. Las partes tendrán que tener presente la buena fe contractual, ya que una situación diferente consideramos sería, si las mercaderías genéricas sustituidas no fueran comercialmente razonables o conformes según el artículo 35 (2) de la CCIM.

---

<sup>89</sup>Secretary Commentary on article 65 of the 1978 Draft of the CISG. Guide to CISG Article 79 (Closest Counterpart to an Official Commentary). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. [consulta: 6 de diciembre 2010].

<sup>90</sup>El artículo 35 (1) de la CCIM establece: “El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato”.

<sup>91</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 581-582.

Un ejemplo de impedimento previsible y superable, sería el caso de las fluctuaciones económicas y la insolvencia de las partes, ya que no constituyen un impedimento bajo el artículo 79 de la CCIM no sólo por tratarse de acontecimientos preVISIBLES y dentro del control de las partes, sino también, por ser sus consecuencias superables. Así se puede apreciar en un fallo donde se denegó la exoneración de responsabilidad, al determinarse que la reducción de los cultivos de tomates y el aumento de su precio en el mercado debido a una fuerte lluvia, son impedimentos que el vendedor podía superar<sup>92</sup>.

#### E. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR UNA TERCERA PERSONA

El artículo 79 (2) de la Convención hace referencia a la exoneración por incumplimiento de una de las partes cuando la falta se debe a un “Tercero” al que se le haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
- b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

---

<sup>92</sup>OBERLANDESGERICHT HAMBURG. Número: 1 U 143/95 and 410 O 21/95. [en línea]. Alemania. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=438&step=Abstract>>. [consulta: 8 de diciembre 2010].

Conforme a la historia legislativa, el numeral 2 del artículo 79 fue creado a comienzos de los estudios preparativos de la CCIM, a diferencia de otras disposiciones que tuvieron su antecedente inmediato en el artículo 74 de la LUVI.

En principio, el literal del artículo 74 de la LUVI establecía que el vendedor podía quedar exonerado de responsabilidad por la falta de cumplimiento por un “subcontratista”, pero esta redacción fue modificada debido a su desconocimiento en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, y en otros, por su relación con los contratos de construcción<sup>93</sup>. Cabe señalar además, que el tercero puede ser contratado por ambas partes<sup>94</sup>, a pesar de que en los antecedentes se haga mención únicamente al vendedor.

En un reporte realizado por el grupo de trabajo de la UNCITRAL en este respecto, se determinó:

*It was noted that in this manner it would be clear that a seller would not be exempt from liability for failure to perform any of his obligations because of the failure of one of his suppliers to perform since a supplier*

---

<sup>93</sup>UNCITRAL. 1977. Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, Yearbook VIII (1977), A/32/17. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-79.html>>. [consulta: 21 de diciembre 2010].

<sup>94</sup>AMTSGERICHT ALSFELD. 12 mayo de 1995. Caso 31 C 534/94. [en línea]. Alemania. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=146&step=Abstract>>. [consulta: 26 de diciembre de 2010].

En este fallo un comprador solicitó la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de un tercero, a quien había encargado parte de la obligación de pago. Sin embargo, el tribunal denegó dicha solicitud, indicando que el comprador que haya encargado a una tercera persona para el pago asume el riesgo de que el vendedor no lo reciba, cuando los requisitos para la exención de responsabilidad establecida en el artículo 79 de la CCIM no se cumplen.

*of the seller could not be considered to be a person the seller had engaged to perform any portion of the seller's contract*<sup>95</sup>.

Esta consideración fue ampliamente discutida en las deliberaciones para la aprobación del contenido de la Convención de Viena de 1980, existiendo posiciones encontradas en cuanto al alcance de la norma, ya que, para algunos representantes era necesario incluir a los proveedores como parte del párrafo 2, pero estas consideraciones fueron finalmente denegadas<sup>96</sup>.

Asimismo, en los comentarios de la Secretaría de la CNUDMI se indica que no podrán ser considerados como terceros, los proveedores de mercancías o materias primas<sup>97</sup>.

La exclusión de los proveedores de materias primas como terceros en virtud del párrafo 2, está basado en el hecho de que: "*These materials moreover often*

---

<sup>95</sup>UNCITRAL. Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, Yearbook VIII (1977), A/32/1756 p. Op. cit., 56 p.

<sup>96</sup>VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE. 1980. Summary Records of Meetings of the First Committee, 27th meeting. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting27.html>>. [consulta: 22 de diciembre 2010].

Otras deliberaciones pueden ser vistas en el sitio <[www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu)>. El rechazo de las consideraciones de los representantes que participaron en la discusión del párrafo 2 artículo 79, puede observarse en la página <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting33.html>>.

<sup>97</sup>SECRETARY GENERAL OF UNIDROIT. 1980. Vienna Diplomatic Conference. Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses. [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html>>. [consulta: 22 de diciembre 2010].

*constitute fungible goods, the destruction of which cannot, as a rule, lead to exemption*<sup>98</sup>.

Pero el tema lejos de mantenerse pacífico, es objeto de diferentes consideraciones dentro de la doctrina internacional, señalando al respecto el autor Denis Tallon que:

*The exemption under Article 79 would hardly become operative to relieve the seller from the obligation to deliver conforming goods in those cases in which the goods were produced, manufactured, and delivered by the seller or his own personnel, or in those cases where the buyer is to take delivery and pay without relying on any intermediate agent. But when the failure to deliver conforming goods, pay the price, or undertake any of the obligations arising under the contract result from the activities or omissions of the seller's secondary suppliers and sub-contractors, or by intermediate agents engaged by the buyer to take delivery or pay the price, the question arises whether such failure should be imputed to contracting parties under paragraph (1) or paragraph (2) of Article 79*<sup>99</sup>.

Así también, existen teorías enfocadas principalmente en determinar qué categorías de personas pueden ser consideradas como terceros. Por una parte, se señala como terceros a los proveedores y a los subcontratistas, mientras otra parte de la doctrina, enmarca dentro del alcance de este numeral sólo a los subcontratistas.

---

<sup>98</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 584 -586.

<sup>99</sup> CISG ADVISORY COUNCIL OPINION. 2007. Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007; Opinion No. 7. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>. [consulta: 30 de enero 2011].

La figura de proveedor es entendida, como aquella persona: “*who on the basis of relevant contracts with one of the contracting parties, create the general prerequisites for the party in question to conduct his business*”<sup>100</sup>.

La parte de la doctrina que apoya la exoneración del vendedor debido al incumplimiento de los proveedores, sostiene que:

*the seller is therefore not liable for secondary suppliers when they are beyond his control and their failure could neither be contemplated nor cured. This exemption will apply only in those very few cases when the seller could neither choose nor control his auxiliary suppliers and it was not possible to procure, produce or repair the goods in any other manner*<sup>101</sup>.

Dado lo anterior, cuando el tercero (sea un proveedor, subcontratista u otro agente intermediario) es impuesto por el comprador, es entendido que el tercero se encuentra fuera del control del vendedor, por lo tanto, no sería responsable de su incumplimiento. En este sentido, un tribunal en virtud de una demanda por la falta de conformidad de mercancías cuya instalación fue encargada a un tercero, indicó que el vendedor no podía ser considerado responsable por los errores en la instalación, debido a que el comprador no había probado que el tercero se encontraba realizando funciones para el vendedor<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 325-326.

<sup>101</sup>HONNOLD, John O., Op. cit., pp. 487- 489.

<sup>102</sup>TRIBUNALE D'APPELLO DI LUGANO. 2003. Caso N° 12-2002-181. [en línea]. Suiza. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=986&step=Abstract>>. [consulta: 27 de enero de 2011].

En los casos en los cuales el vendedor contrata a su proveedor, se señaló en un fallo lo que sigue a continuación:

. . . el vendedor no quedaba exento de responsabilidad, ni en virtud de una cláusula de fuerza mayor del contrato ni con arreglo al párrafo 1) del artículo 79 de la Convención. El propio vendedor se expone al riesgo de recibir la entrega de mercadería de su proveedor. Únicamente si ya no existieran en el mercado mercaderías de calidad igual o similar quedaría el vendedor exonerado de responsabilidad<sup>103</sup>.

Se desprende de este fallo, que el vendedor es responsable por el incumplimiento del proveedor, pero no se soslaya la posibilidad de exoneración para el vendedor debido al incumplimiento de los proveedores en circunstancias especiales como la pérdida o deterioro de mercadería específica, lo cual podría constituir un impedimento en base al artículo 79, sin embargo, se hace referencia a la exoneración en base al párrafo 1 y no así al párrafo 2.

En otro fallo se negó la exoneración al vendedor por la entrega de mercaderías defectuosas fabricadas por su proveedor, indicando: “. . . incluso en el caso de que el vendedor hubiera actuado únicamente de intermediario, continuaba siendo responsable por la falta de conformidad de la mercadería”<sup>104</sup>. No obstante, esta situación no se encuentra del todo definida en la jurisprudencia, ya que en otro fallo se llegó a una conclusión contraria, al

---

<sup>103</sup>UNCITRAL. 1997. Oberlandesgericht Hamburg; 1 U 167/65. CLOUD 277. [en línea]. Alemania. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=291&step=Abstract>>. [consulta: 27 de enero de 2011].

<sup>104</sup>UNCITRAL. 1998. Oberlandgericht Zweibrücken; 8 U 46/97. CLOUT 272. [en línea]. Alemania. <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>. [consulta: 27 de enero de 2011].

concederse la exoneración al vendedor por la entrega de mercaderías defectuosas fabricadas por el proveedor, estimando que ello se encontraba fuera de su control<sup>105</sup>.

Es de notar que los fallos precedentes no son concluyentes sobre la aplicación el párrafo 2 del artículo 79, pero en la mayoría de los casos se determinó que el vendedor no quedaba exonerado por incumplimiento de su proveedor, mientras en otros, se fundamentó que el impedimento no se encontraba fuera del control del vendedor.

Por otra parte en un laudo arbitral se le negó la exoneración a un vendedor con base a la interpretación del párrafo 2 del artículo 79, señalándose que la responsabilidad del vendedor por su proveedor es una parte integral del riesgo general del suministro de bienes<sup>106</sup>.

Se puede constatar entonces del análisis de estos fallos, que en los casos donde los proveedores participen con el vendedor en la organización de su negocio, no serán considerados terceros encargados de todo o parte del mismo. Al respecto, es señalado por el autor Peter Schlechtriem, lo siguiente:

---

<sup>105</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE BESANÇON. Christian Flippe v. Sarl Douet Sport. Op. cit., s.p.

<sup>106</sup> ICC ARBITRATION. 1995. Case No. 8128 of 1995 (Chemical fertilizer case). [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>>. [consulta: 30 de enero 2011].

*“Article 79(1) remains the controlling provision in cases where the third party’s performance is a mere precondition for the fulfillment of the obligor’s obligations, i.e., where a third party does not directly fulfill the obligor’s duty to the obligee”<sup>107</sup>.*

La noción de tercero con fundamento en la historia legislativa del artículo 79 (2) sugiere que el término “tercero” hace referencia a los “subcontratistas”, entendiendo como tal a una persona jurídicamente independiente del contratante a la que se ha encomendado alguna actividad conectada con el contrato pero no es un proveedor<sup>108</sup>.

Pero a pesar de que algunos criterios afirmen lo anterior, siempre es importante determinar si el subcontratista es una persona natural o jurídica encargada de todo o parte del cumplimiento del contrato, que se encuentra fuera del control de la parte que lo contrate y que tanto el deudor como el tercero reúnen las condiciones establecidas en el artículo 79 (1), de lo contrario, no cumpliría con lo establecido en el párrafo 2 (b). Teniendo en cuenta esto, se hace relevante para los jueces y árbitros en la aplicación del artículo 79, determinar en principio, bajo qué párrafo recaería dicha exención<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup>SCHLECHTRIEM, Peter. 1986. Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Trade of Goods. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a77>>. [consulta: 30 de enero 2011].

<sup>108</sup>VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás. 2000. La compraventa internacional de mercaderías: una visión jurisprudencial. Navarra: Aranzadi. 225 p.

<sup>109</sup>CISG. Advisory Council, Opinion No. 7. Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG. Op. cit., s.p.

De igual manera, la figura de tercero incluye a los transportistas, sin embargo, la liberación de responsabilidad de una de las partes por el incumplimiento del transportista dependerá de las obligaciones suscritas por ellas en el contrato, de los usos comerciales que acuerden, o en su ausencia, del derecho internacional aplicable.

Ha quedado de manifiesto que distinguir en qué situaciones se debe aplicar el párrafo 2 del artículo 79 de CCIM puede resultar bastante confuso, principalmente al tratar de definir la figura de tercero que en ella se consagra.

Mientras tanto en los Principios de Unidroit, el párrafo 2 del artículo 79 de la CCIM, no fue incluida por sus redactores, evitando los problemas de interpretación que aparecen en la Convención.

El autor Alejandro Garro, apoyando esta decisión, estima que:

*“In principle, if the seller entrusts the manufacture or delivery of conforming goods to another person, or if the buyer entrusts the payment to a bank or an intermediary, both seller and buyer remain responsible with the other party”<sup>110</sup>.*

En las legislaciones domésticas, en este caso el artículo 1679 del Código Civil de Chile, indica: “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o

---

<sup>110</sup>GARRO, Alejandro. 2005. Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/>>. [consulta: 24 de febrero 2011].

culpa de las personas por quienes fuere responsable”. En virtud de esta norma, el autor Hernan Larrain indica: “si el deudor responde del hecho de esos terceros, como sucede en ciertos casos, no se exonera de responsabilidad”<sup>111</sup>.

Por otro lado, el mismo autor señala que: “si el deudor no responde del hecho de esos terceros, se exonera de responsabilidad, pues tal hecho viene a constituir un verdadero caso fortuito para el deudor, pero queda obligado a ceder al acreedor sus acciones contra dichos terceros, conforme a los artículos 1677 y 1590; inciso final”.<sup>112</sup> Los artículos mencionados estipulan lo siguiente:

Artículo 1677: Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa.

Artículo 1590: ...Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño.

En la legislación panameña, el artículo 1645 del Código Civil establece que la responsabilidad por culpa o negligencia es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. El artículo en referencia, enumera taxativamente las personas por quienes responde el deudor, entre las cuales se encuentran: “...los dueños o

---

<sup>111</sup>LARRAÍN RÍOS, Hernán. Op. cit., 222 p.

<sup>112</sup>LARRAÍN RÍOS, Hernán. Op. cit., 222 p.

directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicios de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

También se indica en la misma disposición aludida que: “la responsabilidad de que trata este Artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

La jurisprudencia panameña respecto a la interpretación del artículo 1645 del Código Civil, expresa lo siguiente:

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han admitido que la mención de los casos que generan responsabilidad por hecho ajeno, contenida en el artículo 1645 del Código Civil es taxativa, la Sala debe aclarar que ello es con respecto a la enumeración en él contenida puesto que existen otras disposiciones del Código Civil y otras leyes dispersas que regulan también este tipo de responsabilidad, que si bien trata de casos especiales, en ellos se mantiene un denominador común consistente en la dependencia o subordinación que necesariamente se debe dar entre el civilmente responsable y el ejecutante del hecho dañoso para que el primero quede obligado<sup>113</sup>.

Se observa de las normas nacionales, que el deudor será responsable por hechos ajenos cuando se encuentran bajo su dependencia o subordinación o

---

<sup>113</sup>CORTE SUPREMA DE PANAMÁ. 2001. Sala de lo Civil, Recurso de Casación. Caso Salomón Joseph Setton, Estructuras Nacionales, S. A. y Platinum Tower Corp. Panamá. 26 de diciembre de 2001.

por quienes fuere responsable, por lo cual si el hecho es producto de la culpa de estos deberá responder por los daños y perjuicios causados.

En comparación con la Convención, en las legislaciones nacionales no se plantea la situación de si el tercero abarca a los proveedores o a los subcontratistas. Además, la exoneración de responsabilidad por terceros en la Convención es mucho más estricta con respecto a las legislaciones nacionales, ya que exige una doble prueba de los elementos que constituyen la fuerza mayor para el deudor y el tercero que sufre el impedimento.

#### F. DURACIÓN DEL IMPEDIMENTO

El efecto de la exoneración de responsabilidad en las legislaciones de Panamá y Chile, exime a la parte afectada por la fuerza mayor y/o caso fortuito de manera definitiva de toda responsabilidad de cumplimiento del contrato. En el derecho internacional, por otro lado, la exoneración de responsabilidad otorgada a una parte surtirá efectos mientras dure el impedimento, por consiguiente, al momento en que este sea superado la parte eximida quedará nuevamente obligada al cumplimiento del contrato.

En el literal del párrafo 3 del artículo 79 de la CCIM, se establece que la duración de la exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

En principio, con fundamento en los antecedentes jurídicos de la CCIM, el artículo 74 de la LUVI permitía la exoneración permanente de la parte incumplidora si por razón del retraso se produjera un cambio radical que hiciera del cumplimiento de una obligación muy diferente a la contemplada en el contrato, el cual rezaba de la siguiente manera:

*Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract<sup>114</sup>.*

Posteriormente, la redacción que expresaba la posibilidad de exoneración permanente ante un cambio radical de circunstancias del contrato, fue excluida del Proyecto de 1978 de la CCIM. En su lugar, el grupo de trabajo de la UNCITRAL propuso la siguiente redacción del párrafo 3 del artículo 65

---

<sup>114</sup>PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. Legislative History CISG Antecedents, Match-up of CISG article 79 with ULIS provisions. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-u-79.html>>. [consulta: 9 de febrero 2011].

(posteriormente artículo 79): “(3) *The exemption provided by this article has effect only for the period during which the impediment exists*”<sup>115</sup>.

Luego, en la Conferencia Diplomática de Viena de 1980, se propuso tal como lo explica John Honnold: <<...*to add to paragraph (3) a provision that "the party who fails to perform" [...] is "permanently exempted" if during the period of temporary exemption the circumstances have "so radically changed that it would be manifestly unreasonable to hold him liable"*>><sup>116</sup>. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada, adoptándose en su lugar la alternativa de la delegación de Noruega sobre la eliminación de la palabra “only” del párrafo 3 del artículo 65 basado en el entendido de que “...*the paragraph and the whole of article 65 [became CISG article 79] did not contain provisions regulating a possible permanent relief*”<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup>PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html>>. [consulta: 9 de febrero de 2011].

<sup>116</sup>HONNOL, John. 1999. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (1999), pages 472-495. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/>>. [consulta: 9 de febrero de 2011].

<sup>117</sup>VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE. 1980. Summary Records of Meetings of the First Committee, 27th meeting. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting27.html>>. [consulta: 25 de febrero 2011].

Sobre el particular, el autor Chengwei Liu expresa: “*The intention behind this amendment was to leave open the possibility that the exemption might continue even after the period during which the exemption existed*”<sup>118</sup>.

En este sentido, se han creado algunas teorías en torno al efecto del impedimento temporal cesado, como lo es la ocurrencia del cambio radical de las circunstancias. Sin embargo, la historia legislativa de la CCIM crea dudas en cuanto a esta interpretación.

Por su parte, los Principios de Unidroit poseen una redacción más flexible al establecer en el párrafo 2 del artículo 7.1.7, que la exoneración por fuerza mayor tiene efecto durante un periodo de tiempo razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato, tomándose en cuenta no sólo el tiempo de la duración del impedimento sino también el de sus consecuencias.

En este aspecto, los comentarios de los PU exponen la teoría de que cuando el impedimento es un simple retraso al cumplimiento y el efecto sea dar un tiempo extra al mismo, debe ser notado que el tiempo extra puede ser menor o

---

<sup>118</sup>LIU, Chengwei. 2005. Force Majeure, Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>>. [consulta: 14 de marzo 2011].

mayor que la duración del impedimento temporal<sup>119</sup>. En este evento, lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato, lo cual se ilustra de la siguiente manera:

“A” celebra un contrato en el que se compromete a colocar un conducto de gas natural a lo largo del país X. Las condiciones climáticas son tales que resulta prácticamente imposible trabajar del 1° de noviembre al 31 de marzo. El contrato fija el plazo para concluir las obras el 31 de octubre. Sin embargo, los trabajos comienzan con un mes de retardo debido a que una guerra civil, que ha estallado en un país vecino, impide transportar a tiempo toda la tubería. La consecuencia de este evento es la de impedir la continuación de los trabajos hasta la primavera próxima, “A” tiene derecho a una prórroga de cinco meses para completar su trabajo, a pesar de que la duración del impedimento se limitó a un mes<sup>120</sup>.

Cuando el impedimento afecta sólo a parte del contrato, se ha determinado que ni en el artículo 79 de la CCIM, ni en el artículo 7.1.7 de los PU se hace referencia expresa a este supuesto<sup>121</sup>, sin embargo, dentro de estos documentos se proveen de manera separada disposiciones que resuelven los problemas que se presentan en estos casos.

En virtud de lo expresado en el texto de la Convención, se señala que:

*“. . .Article 51(1)... reflects a policy that is consistent with this result: '(1) If the seller delivers only a part of the goods... articles 46-50 [provisions on*

---

<sup>119</sup>UNIDROIT. Principios de Unidroit. Edición 2004. [en línea]. <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>>. [consulta: 14 de marzo 2011].

<sup>120</sup>Ibidem.

<sup>121</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 579-580.

*remedies for breach] apply in respect of the part that is missing...’ There is no reason to suppose that this policy was rejected for Article 79<sup>122</sup>.*

Ante la ocurrencia de un impedimento parcial, con base en los Principios, la parte acreedora puede rechazar o aceptar el cumplimiento parcial del contrato de conformidad con lo indicado en el artículo 6.1.3, que señala:

- (1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.
- (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

De lo anterior se desprende, que la parte acreedora tiene el derecho de exigir el cumplimiento parcial del contrato si existe para ella real interés de que la parte de la obligación principal o accesoria no afectada por el impedimento se cumpla.

De igual manera es preciso indicar, que tanto en la CCIM como en PU, la parte acreedora mantiene el derecho de recurrir a cualquiera de los remedios disponibles en sus regulaciones siempre que se cumplan con los requisitos exigidos para que surtan efecto, salvo la demanda de indemnización por daños y perjuicios. A modo de ejemplo, si el incumplimiento del contrato por un impedimento se convierte en esencial, y la parte acreedora no puede esperar a

---

<sup>122</sup>Ibidem., 549 p.

que la imposibilidad de cumplimiento se supere, conserva el derecho a resolver el contrato.

Además de los remedios contemplados en los Principios de Unidroit, existe la posibilidad de que las partes puedan renegociar las condiciones del acuerdo, si como consecuencia del impedimento el cumplimiento del contrato se convierte en sustancialmente más oneroso, de conformidad con las normas que regulan la excesiva onerosidad (artículo 6.2.1)<sup>123</sup>.

## G. NOTIFICACIÓN DEL IMPEDIMENTO

Las normas que regulan la fuerza mayor en el derecho internacional, le imponen al deudor que sufre de imposibilidad de cumplimiento, el deber de notificación al acreedor de la ocurrencia del impedimento y sus efectos.

El párrafo 4 del artículo 79 de la Convención, señala que:

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

---

<sup>123</sup>PERALILLO, Joseph. 1998. Force Mayor and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. México. [en línea]. Universidad Panamericana. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html>>. [consulta: 30 de marzo 2011].

Los Principios de Unidroit en el párrafo 3 del artículo 7.1.7, adopta una redacción muy similar a lo dispuesto en el párrafo 4 de la CCIM, en el cual se dispone que:

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.

De ambos párrafos citados en líneas anteriores, se desprenden diferentes aspectos que deben tomarse en consideración, toda vez que la notificación del impedimento y sus consecuencias han de tener efectos bajo determinados parámetros señalados por estas normas.

Uno de estos aspectos, corresponde a que la notificación debe realizarse cuando el impedimento sea un hecho, y que no pueda ser evitado<sup>124</sup>. En definitiva, si el impedimento puede ser superado o evitado por la parte que lo sufre, la comunicación o notificación a la parte acreedora sería innecesaria.

En opinión de un Tribunal Arbitral, que el impedimento se tratase de 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

---

<sup>124</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 579-580.

tampoco puede suponerse que el acreedor así lo entendería; ello es justamente lo que motiva la existencia de la obligación de notificar<sup>125</sup>.

Para que la comunicación del impedimento surta efectos, debe ser recibida por la otra parte en base a la llamada teoría de la “recepción”. De esta manera, el riesgo de la transmisión de la notificación recae sobre la parte incumplidora.

Para la doctrina que ha comentado la Convención, el hecho de recaer el riesgo de la comunicación en la parte que lo envía, constituye una excepción a la regla consagrada en el artículo 27 de la CCIM. El artículo 27 de la Convención de Viena, estipula lo siguiente:

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

Así vemos la opinión del autor Chengwei Liu, en relación al párrafo 4 del artículo 79, quien nos señala: “*This is done in deviation from the rule of dispatch as spelled out in CISG Art. 27, but corresponds with CISG Art. 48(4) (notice of cure by the non-performing seller)...*”<sup>126</sup>. El artículo 48 (4) regula los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, en el cual se

---

<sup>125</sup> UNILEX. 2006. Centro de Arbitraje de México (CAM). [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=FullText>>. [consulta: 20 de marzo 2011].

<sup>126</sup> LIU, Chengwei. Op. cit., s.p.

expresa que: “La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador”.

Por su parte, el autor Denis Tallon, concibe el deber de notificación de la siguiente manera:

*By providing that the notice be «received» within a reasonable time the article adopts the theory of receipt, thus placing the risk of the transmission on the defaulting party. The solution is in harmony with the provisions of the Convention relating to offer (Article 15) and acceptance (Article 18(2)), although it deviates from the general rule set forth in Article 27<sup>127</sup>.*

Lo antes mencionado, también se complementa con el artículo 24 de la CCIM, que estipula cuando debe entenderse que llega al destinatario la comunicación respecto a la oferta, aceptación y cualquier otra manifestación, expresando lo siguiente:

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

En relación a la aplicación en el artículo 79 (4) de la CCIM de la teoría de la recepción, nos señala de igual manera el autor Samuel K. Date-Bah, que: “*Also, although Article 27 embodies the general rule, it is subject to exceptions*

---

<sup>127</sup> TALLON, Denis. Op. cit., pp. 586-587.

*specifically created in Part III of the Convention. For example, Article 79(4) creates an exception requiring receipt of the notice from the non-performing party of an impediment*<sup>128</sup>. Adicionalmente, el mismo autor agrega la explicación dada por la delegación de Noruega en la Conferencia de Viena, sobre el porqué se aplica la regla de recepción en esta disposición en lugar de la regla general, la cual expresa:

*Whenever a party was called upon to give notice to comply with a duty or to obtain relief from a loss, it was unreasonable to make that party responsible for delay or error in transmission or failure of the communication to arrive (the «dispatch» theory). On the other hand, when the purpose of the notice was to create an obligation for the other party, that party should not be penalized as the result of delay, error, or failure to arrive and the «receipt» theory should be applied instead of the rule in Article (27) (Official Records, II, 303)*<sup>129</sup>.

En los Principios de Unidroit por el contrario, se adoptó el principio de la “recepción” como la regla general y el de “expedición” para algunos casos específicos. En este caso, la notificación no será efectiva hasta que llegue a su destinatario<sup>130</sup>. Para los efectos de la notificación con base en los PU, se entenderá que llega a su destinatario en virtud del artículo 1.10 que estipula lo siguiente:

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

---

<sup>128</sup>DATE-BAH, Samuel K., in Bianca-Bonell. 1987. Article 27. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/date-bah-bb27.html>>. [consulta: 17 de marzo 2011].

<sup>129</sup>Ibidem.

<sup>130</sup>UNILEX. Comentarios Oficiales de los Principios de Unidroit, Artículo 1.10. [en línea] <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1Artículo>>. [consulta: 30 de marzo 2011].

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Según los comentarios oficiales de los PU correspondientes al párrafo 3 del artículo 1.10, se debe interpretar esta disposición de la manera descrita a continuación:

...el párrafo (3) de este artículo tiene el propósito de determinar ese momento al establecer una distinción entre las notificaciones orales y las que no lo son. Una notificación oral “llega” a su destinatario cuando es manifestada personalmente al destinatario o a otra persona autorizada por él para recibirla. Cualquier otro tipo de notificación “llega” a su destinatario cuando le es entregada personalmente, o en su establecimiento o en su dirección postal (o electrónica). No es necesario que la notificación en cuestión llegue a manos del destinatario o sea leída por él destinatario. Es suficiente que sea puesta en manos de un empleado del destinatario que se encuentre autorizado para aceptarla, o que sea depositada en el buzón del destinatario, o sea recibida por su telefax, máquina de télex, o en el caso de comunicaciones electrónicas, que haya llegado al servidor del destinatario<sup>131</sup>.

Otro de los puntos relevantes de los artículos 79 (4) de la CCIM y 7.1.7 (3) de los PU, es en relación a que la comunicación que debe llegar a la parte acreedora no sólo consiste en la recepción de la noticia de la ocurrencia del

---

<sup>131</sup> Ibidem.

impedimento, sino también en sus efectos, es decir, si el incumplimiento es parcial, total, temporal o definitivo, etc.<sup>132</sup>

Esta obligación incluye igualmente, poner en conocimiento al acreedor sobre la capacidad o aptitud del deudor para cumplir, lo cual se extiende a su intención de cumplir el contrato a través de un sustituto comercialmente razonable<sup>133</sup>.

El deber de poner en conocimiento a la parte en espera del cumplimiento, permite que haga frente a las consecuencias de la falta. Ello también implica, la posibilidad del acreedor de recurrir a los remedios disponibles en los textos jurídicos que regulan la materia.

La notificación de la ocurrencia del evento, debe encontrarse dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del mismo. Este plazo razonable si bien no se encuentra especificado, es entendido que debe ser tan pronto como la parte afectada por el impedimento tuviera o debiera tener conocimiento del mismo.

---

<sup>132</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 586-587.

<sup>133</sup>UNCITRAL. Guide to CISG Article 79 (The Secretariat Commentary is on the 1978 Draft of the CISG). [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. [consulta: 2 de abril 2011].

La falta de recepción de dicha comunicación o su envío fuera de un plazo razonable, traerá como efecto la responsabilidad por daños y perjuicios de la parte incumplidora.

La responsabilidad de resarcimiento por daños y perjuicios de la parte deudora, es aquella que resulta de la falta de comunicación y de recepción y no así del incumplimiento del contrato<sup>134</sup>.

En opinión de Tallon, esta responsabilidad de daños y perjuicios por la falta de envío puede ser exonerada, si se reúnen los requerimientos establecidos en el artículo 79 (1)<sup>135</sup>. Ello significa que no existe una norma expresa que niegue esta posibilidad, además el artículo 79 (1) es aplicable a cualquier obligación. Sin embargo, creemos que su aplicación es poco probable, ya no ha sido posible encontrar decisiones de los tribunales en las cuales se haya reclamado la exoneración de responsabilidad por la falta de notificación del impedimento.

Por parte de las legislaciones nacionales de Panamá y Chile, la obligación de notificar la fuerza mayor y las consecuencias de la falta a esta obligación, no se encuentran consagradas en su legislación civil o comercial, tal como vimos se regula en el derecho uniforme internacional. Por consiguiente, deberá al

---

<sup>134</sup>UNCITRAL. Guide to CISG Article 79. Op. cit., s.p.

<sup>135</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 586-587.

acreedor recurrir a la exigencia judicial del cumplimiento al deudor, para conocer de la ocurrencia del caso fortuito y de la fuerza mayor.

## H. EFECTOS DE LA FUERZA MAYOR

En las legislaciones nacionales, los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito exoneran al deudor de la responsabilidad por el incumplimiento del contrato. Esto lo explica el autor Hernán Larrain, al indicar que el acreedor no puede exigir el cumplimiento ya que el mismo se ha hecho imposible y a lo imposible nadie está obligado<sup>136</sup>.

La exoneración de responsabilidad por caso fortuito en Chile, se encuentra consagrada en el párrafo 2 del artículo 1542 del Código Civil, el cual expresa que “el deudor no es responsable del caso fortuito”.

Los efectos de la fuerza mayor y caso fortuito en la legislación panameña, se encuentran estipulados en el artículo 990 del Código Civil, en donde se precisa que nadie responderá por aquellos sucesos imprevisibles o inevitables, salvo que la ley disponga lo contrario.

---

<sup>136</sup>Larraín Ríos, Hernán. Op. cit, 220 p.

No obstante los efectos establecidos en el artículo 990 del Código de Civil, en el Código de Comercio de Panamá se prescriben otros efectos cuando se trata de fuerza mayor en el transporte terrestre, señalando en su artículo 666 lo siguiente:

El caso fortuito o de fuerza mayor ocurrido antes de emprender el viaje y que impidiere la realización de éste, dará lugar a la rescisión del contrato. La rescisión en este caso no dará lugar a indemnización y cada parte asumirá la pérdida de los aprestos y los perjuicios que le causare la rescisión.

En el caso del Código de Comercio de Chile, en virtud de su artículo 195, el porteador podrá rescindir el contrato si después de comenzado el viaje sobreviene un obstáculo de fuerza mayor. De igual manera, en el artículo 564 de este texto chileno, la rescisión se aplica a los seguros terrestres.

Con respecto al contrato de compraventa mercantil, el artículo 767 del Código de Comercio panameño establece: “Si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, el contrato quedará rescindido de derecho, y el vendedor libre de toda responsabilidad”.

Tratándose de transporte marítimo, según el artículo 127 de la Ley 55 de 6 de agosto de 2008 que regula el Comercio Marítimo en la República de Panamá, las partes podrán resolver el contrato en el siguiente caso: “...Si antes del zarpe de la nave sobreviniera un caso fortuito o un hecho de fuerza mayor

que impidiera la ejecución del viaje, el contrato quedará resuelto sin dar lugar a daños y perjuicios para ninguna de las partes...”<sup>137</sup>.

Similar disposición se aprecia en el Código Comercial de Chile, que en su artículo 961 señala:

El contrato quedará resuelto sin derecho a indemnización de perjuicios para ninguna de las partes, si antes del zarpe de la nave sobreviene una prohibición para comerciar con algún país al cual iba destinada, o si acaece cualquier otro suceso de fuerza mayor o caso fortuito que haga imposible la realización del viaje.

La resolución establecida en estas leyes domésticas, se podrá aplicar sólo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, prescritos especialmente para esta actividad comercial.

En referencia al derecho comercial internacional, el párrafo 1 del artículo 79 de la CCIM que regula la exoneración por incumplimiento, a primera vista pareciera que liberara a las partes de toda responsabilidad. Una lectura completa del artículo 79 hace que esta afirmación cambie, cuando en su párrafo 5 se señala que: “Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

---

<sup>137</sup>PANAMÁ. Asamblea Nacional. 2008. Ley 55 Del Comercio Marítimo, 6 de agosto de 2008. 57 p.

Una vez analizado ambos numerales, se entiende que la exoneración sólo surte efecto sobre el derecho de reclamar daños y perjuicios, pudiendo la parte que espera el cumplimiento ejercer cualquiera de los derechos consagrados en la CCIM, siendo estos: el derecho de exigir el cumplimiento de sus obligaciones (artículo 46 y 62), el derecho de rebajar el precio (artículo 50), derecho de reclamar resuelto el contrato (artículo 49 y 64), y derecho a percibir los intereses correspondientes (artículo 78).

En atención al artículo 7.1.7 (4) de los Principios de Unidroit, que establece los efectos de la fuerza mayor, se estipula: “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”.

Con respecto a la redacción que emplea los PU en el párrafo citado, podría concluirse que las partes sólo podrán ejercer los recursos enunciados en el mismo, no quedando claro sobre qué remedios recae la exención, tal como lo hace el párrafo 5 del artículo 79 de la CCIM.

No obstante, la respuesta a esta incertidumbre es dada en los comentarios oficiales de los PU, en los cuales se indica:

*“The article does not restrict the rights of the party who has not received performance to terminate if the non-performance is fundamental. What it*

does do, where it applies, is to excuse the non-performing party from liability in damages<sup>138</sup>. (El subrayado es nuestro).

Por lo anterior, se entiende que la exoneración de la fuerza mayor en los Principios de Unidroit, al igual que en la CCIM, se aplica al reclamo de responsabilidad por daños y perjuicios, encontrándose disponibles otros remedios que puede ejercer la parte acreedora para reclamar la falta de cumplimiento del deudor comprendidos dentro de su Capítulo 7 sobre “Incumplimiento”.

Entre algunos recursos alternativos que el acreedor puede ejercer aun cuando exista la exoneración de responsabilidad del deudor, se encuentran: el derecho de exigir la sustitución de mercadería si las mismas no fueren conformes al contrato o defectuosas si la falta de conformidad constituye un incumplimiento y de exigir la reparación de las mercadería no conformes si esto fuese razonable con el esencial (artículo 46 numeral 2 y 3 de la CCIM y 7.2.3 de los PU), y el otorgamiento de un plazo razonable para el cumplimiento del contrato (artículo 47 y 63 de la CCIM y 7.1.5 de los PU).

El problema sobre el alcance de la exoneración de daños y perjuicios en la CCIM, se centra en la falta de determinación sobre si los efectos exoneratorios

---

<sup>138</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles (article 7.1.7). [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 18 de abril 2011].

se extienden a las cláusulas penales y a la liquidación de daños, ya que la Convención no regula este tipo de sanciones indemnizatorias.

En los comentarios oficiales de la Secretaría de la UNCITRAL, se resuelve el problema remitiéndose a las leyes nacionales, al indicar que esta materia no se encuentra regulada por la Convención<sup>139</sup>.

De igual manera, en las discusiones sobre las disposiciones de la CCIM, se rechazó una propuesta de la República Federal de Alemania, en la que se indicaba que era inconveniente, que la materia de cláusulas penales y liquidación de daños no se rigiera por la Convención y se regulara por la ley municipal<sup>140</sup>.

Por otra parte, a diferencia de la CCIM, los PU regula en términos generales los acuerdos contractuales consistentes en el pago de una suma determinada en caso de incumplimiento (artículo 7.4.13), ya sea, para facilitar la

---

<sup>139</sup>UNCITRAL. Secretary Commentary on article 65 of the 1978 Draft of the CISG. Guide to CISG Article 79 (Closest Counterpart to an Official Commentary). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. [consulta: 20 de abril 2011].

<sup>140</sup>PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. 1980. Legislative History; Vienna Diplomatic Conference. Op. cit., s.p.

recuperación de daños y perjuicios (*liquidated damages*); y/o, como instrumento disuasivo del incumplimiento (*penalty clauses proper*)<sup>141</sup>.

En relación con la extensión de la exoneración a estos acuerdos indemnizatorios, se desprende de los comentarios oficiales de los PU, la dificultad de concebir una cláusula que prevea el pago de una suma acordada en caso de incumplimiento, en situaciones de fuerza mayor<sup>142</sup>. Sin embargo, en virtud del principio de la voluntad de las partes, las mismas podrán acordar el cumplimiento de estas cláusulas, aún, en presencia de un impedimento que libere de responsabilidad a una ellas<sup>143</sup>.

En el Código de Comercio de Panamá, por su parte, se establece en el artículo 239 que la “cláusula penal no podrá ser exigida cuando el cumplimiento del contrato se haga imposible por caso fortuito o por falta del acreedor o cuando el cumplimiento verificado se hubiere aceptado sin reserva”.

En el derecho chileno, no existe norma expresa que exonere de responsabilidad al deudor de la cláusula penal por casos de fuerza mayor, tal como lo hace el Código de Comercio panameño. No obstante, ya se ha

---

<sup>141</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDORIT Principles (Article 7.4.13). [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 28 de abril 2011].

<sup>142</sup>Ibídem.

<sup>143</sup>Ibídem.

determinado que los efectos del caso fortuito en el derecho nacional, exime al deudor de la responsabilidad total del cumplimiento del contrato.

Adicionalmente, el artículo 1535 del Código Civil chileno define como cláusula penal: “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”. Tomando en cuenta esta definición, se desprende de ella la naturaleza accesorio de la cláusula penal, por lo tanto, de ser imposible la reclamación de la obligación principal debido a una causa de fuerza mayor, se entiende por consiguiente que no podrá exigirse el cumplimiento de la pena.

## **CAPÍTULO III**

## I. HARDSHIP EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

### A. HARDSHIP EN LAS LEGISLACIONES DE PANAMÁ Y CHILE

En algunas de las legislaciones nacionales existentes, no se regula la institución que conocemos en el ámbito internacional como “*hardship*”, especialmente en los códigos clásicos donde prevalece el principio “*pacta sunt servanda*”.

Esta situación se ilustra en la legislación chilena, en la cual no se consagra esta teoría como una norma aplicable a todos los contratos, en virtud del artículo 1545 del Código Civil que le otorga fuerza de ley a los mismos, estableciendo lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>144</sup>.

A pesar de lo anterior, esta figura ha sido acogida en Chile por algunas leyes especiales sobre administración pública y disposiciones aisladas dentro del texto civil (Artículos: 332; 1469; 2003 regla 2ª, 2180 comodato; 2227 depósito; 2348 regla 3ª sobre fianza).

---

<sup>144</sup> CHILE. 1985. CÓDIGO CIVIL DE CHILE. 14 de diciembre de 1855.

Su aplicación a los contratos en general, ha sido ampliamente discutida por la doctrina chilena bajo el nombre de “Teoría de la Imprevisión”, existiendo diferentes teorías que tratan de justificar su aplicación a todos los contratos, en base a principios generales de derecho (por ejemplo la buena fe) o a través de una solución legislativa.

En la legislación de Panamá, sin perjuicio del reconocimiento al principio *pacta sunt servanda*, es posible la terminación del contrato en los casos en que se presente una excesiva onerosidad teniendo su fundamento en el artículo 1161a del Código Civil, al señalar:

En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la excesiva onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Las características del acontecimiento constitutivo de la imprevisión, según la legislación panameña, se mencionan a continuación:

- a) El suceso es imprevisible al momento de nacer la obligación.
- b) Se aplican a los contratos de ejecución diferida o continuada.
- c) Para la terminación del contrato se debe presentar un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

d) En los contratos unilaterales la parte afectada sólo puede pedir la reducción de su prestación o modificación en los términos del cumplimiento, hasta reducirla a la equidad. Esto se encuentra regulado por el artículo 1161b del Código Civil panameño, en el cual se expresa:

Si en los actos unilaterales la prestación llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el obligado podrá pedir una reducción de su prestación o una modificación en los términos que regulan su cumplimiento, suficiente para reducirla a la equidad.

e) El suceso no hace imposible la ejecución de la obligación, cuando la parte demandada evite la terminación ofreciendo modificar equitativamente el contrato.

f) El suceso hace excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación de una de las partes.

Los requisitos esenciales del *hardship*, que lo diferencian de la fuerza mayor, nos dice el profesor Juan Carlos Dörr, que se pueden resumir en los siguientes:

“1) que se trate de contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido; 2) que por causas sobrevinientes, imprevistas y extraordinarias se altere de tal forma la equivalencia de las prestaciones que, sin llegar a constituir un obstáculo para el cumplimiento de la obligación, imponga a uno de los contratante una excesiva onerosidad”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup>DÖRR ZEGERS, Juan Carlos. Op. cit., 264 p.

En la jurisprudencia panameña los casos de aplicación de excesiva onerosidad se circunscriben mayormente al área administrativa, a pesar de encontrarse regulada en el Código Civil panameño.

De los pocos casos donde se aplica esta institución, hacemos alusión a un fallo dictado en virtud de una demanda por costos adicionales que se generaron durante la ejecución de un contrato de obra por efecto de los requerimientos efectuados por la parte demandada, en el cual el Tribunal concluyó que quedaba plenamente evidenciado los sobrecostos adicionales fuera del procedimiento constructivo convenido. En este caso, a razón de la presentación de la contraparte de una demanda de reconvención, el mismo Tribunal señaló:

...que si cada sociedad demandante experimentó perjuicios económicos como consecuencia del incumplimiento contractual de la otra, a ellas les estaba vedado exigir compensación por tales daños y perjuicios en los términos del artículo 1009 del Código Civil, por cuanto también hubo incumplimiento de parte suya<sup>146</sup>.

En esta sentencia, el juez no realizó un análisis de lo que debe entenderse como excesiva onerosidad, ni si se reunían todos los elementos constitutivos de esta figura, pero se desprende del mismo que existía para la parte que demandaba un perjuicio económico ocasionado por los costos adicionales

---

<sup>146</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. 2006. Recurso de Casación Civil 188-03. Construcción Especializada De Panamá, S. A. (CESA) y Fomento De Construcciones y Contratas (FCC). octubre 2006. El fallo puede ser consultado en la página web del Órgano Judicial de Panamá <<http://www.organojudicial.gob.pa/>>, utilizando la fecha.

generados por el demandado y que no se encontraban convenidos en el contrato.

El efecto de la excesiva onerosidad en la legislación panameña conlleva a la terminación del contrato, ubicándose las normas que rigen este precepto dentro del Capítulo VI denominado “De la terminación de los Contratos”. No obstante, la parte demandada puede evitar la terminación del contrato ofreciendo modificarlo equitativamente según lo establece el artículo 1161a del Código Civil.

En los textos internacionales que regulan la excesiva onerosidad, la alteración de las circunstancias del contrato no tiene como efecto su terminación, por el contrario, lo que se busca es recuperar la justicia conmutativa, no la pérdida de la relación contractual, permitiendo sólo en casos excepcionales la resolución del contrato.

## B. *HARDSHIP* EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

### 1. Concepto de *hardship* en los Principios de Unidroit

En el texto de los Principios de Unidroit, el *hardship* o excesiva onerosidad se encuentra consagrada en su artículo 6.2.2, definiéndola de la siguiente manera:

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

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

En los comentarios oficiales de los PU acerca de la definición contenida en esta disposición se indica lo siguiente:

“Este artículo define a la excesiva onerosidad (*hardship*) como la situación que se presenta cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera fundamental, siempre y cuando los eventos que causan dicha alteración cumplan con requisitos establecidos en los incisos (a) al (d)”<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles (Preamble). [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 28 de abril 2011].

En virtud de lo anterior, se debe entender que estamos en presencia de excesiva onerosidad, cuando el equilibrio del contrato es alterado de manera fundamental. No obstante, la pregunta que cruza nuestra mente es: ¿Qué debemos comprender por alteración fundamental del contrato?

En base a los comentarios oficiales del artículo 6.2.2, el desequilibrio fundamental del contrato puede manifestarse de dos maneras diferentes, mediante el incremento en el costo del cumplimiento o a través de la disminución en el valor de la prestación que una parte recibe. Estos elementos se describen a continuación:

a. Incremento en el costo del cumplimiento

El incremento en el costo del cumplimiento se manifiesta normalmente, según lo señalado en los comentarios de los PU, en la parte del contrato que ha de cumplir la obligación no monetaria<sup>148</sup>.

En un caso práctico, una empresa de EE.UU. debió renegociar el contrato celebrado con una empresa francesa, al presentarse un incremento

---

<sup>148</sup>UNILEX. Official Comments of the Unidroit Principles. Article 6.2.2. [en línea] <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 2 de mayo 2011].

considerable del precio de la materia prima como consecuencia de la imposición de condiciones más estrictas por un organismo gubernamental<sup>149</sup>.

b. Disminución en el valor de la prestación que una parte recibe

El desequilibrio fundamental del contrato se manifiesta de igual manera, en la disminución del valor de la prestación que una parte recibe. En los comentarios de los Principios, se indican situaciones que pueden provocar una disminución sustancial en el valor de la prestación, tales como:

. . . un cambio brusco en las condiciones del mercado (*v.gr.* un incremento drástico a causa de la inflación del precio acordado en el contrato), o a la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación (*v.gr.* una prohibición de construir en un solar adquirido con ese único propósito, o la prohibición de exportar mercaderías adquiridas solamente con esa finalidad)<sup>150</sup>.

Un ejemplo de la disminución del valor de la prestación, se puede apreciar en el laudo arbitral en el cual un importador alemán que había celebrado un contrato para la entrega de maquinaria invocó un cambio sustancial de circunstancias, debido a que como consecuencia de la reunificación de Alemania y la apertura de los mercados occidentales la maquinaria perdió todo

---

<sup>149</sup>UNILEX. 2001. International Court of Arbitration. Arbitral Award, Number 9994. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1062&step=Abstract>>. [consulta: 2 de mayo 2011].

<sup>150</sup>UNILEX. Official Comments of the Unidroit Principles. Article 6.2.2. [en línea] <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 3 de mayo 2011].

valor, por consiguiente, se negó a aceptar la entrega de las mercancías y a realizar el pago del precio<sup>151</sup>.

El autor Agustín Madrid Parra señala al respecto de esta característica, lo siguiente: “no basta con una alteración cualquiera del punto de equilibrio. El cambio de circunstancias que simplemente hace más oneroso el cumplimiento de su obligación a un contratante no es suficiente para que se plantee la cuestión de la -excesiva onerosidad-”<sup>152</sup>.

En atención a lo antes expuesto, se encuentra un fallo en el que se rechazó la demanda de excesiva onerosidad al considerar que el impacto del evento no causó un desequilibrio sustancial en el acuerdo de las partes<sup>153</sup>.

De presentarse un evento que altere fundamentalmente las prestaciones del contrato, el juez también tendrá que determinar si se reúnen los requisitos del *hardship* comprendidos en el artículo 6.2.2 de los PU.

---

<sup>151</sup>UNILEX. 1990. Schiedsgericht Berlin. Arbitral Award, number SG 126/90. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=627&step=Abstract>>. [consulta: 3 de mayo 2011].

<sup>152</sup>MADRID PARRA, Agustín. 2003. Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional. 2ª. Ed. España. Aranzadi. 315 p.

<sup>153</sup>UNILEX. 1999. International Court of Arbitration. Arbitral Award, number 9479. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=680&step=Abstract>>. [consulta: 3 de mayo 2011].

Para que tenga lugar el *hardship* o la excesiva onerosidad, es necesario que la prestación sea excesivamente gravosa u onerosa, pero en ninguna de estas normas se llega a expresar qué porcentaje sobre el costo de la prestación hace de ella “excesiva”.

En los comentarios oficiales del artículo 6.2.2, se establecen ilustraciones que dan una idea de lo que debe considerarse como una alteración fundamental, y que el autor Frederick Fucci resume de la siguiente manera:

- . . . *if the performances "are capable of precise measurement in monetary terms", an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a 'fundamental' alteration.*. . .
- *a ten-fold increase in price due to a post-contracting change in government regulation and the imposition of new safety regulations after conclusion of a contract to build a plant requiring installation of additional equipment and "making [the contractor's] performance substantially more onerous";*
- *a sudden devaluation of a country's currency (the currency of payment) on the order of 80%;*
- *the disappearance of a market for a contracted product (as opposed to a contraction in the market for a product)*<sup>154</sup>.

Ahora bien, al no existir un criterio del todo específico que les permita a los jueces y árbitros evaluar cuando se está en presencia de una alteración fundamental de las prestaciones del contrato, su determinación dependerá si se cumplen las condiciones que constituyen *hardship*, en relación con las circunstancias que rodean cada caso en concreto.

---

<sup>154</sup>FUCCI. Frederick R., 2006. *Hardship and Change of Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-performance of Contracts*. [en línea]. Thelen Reid & Priest LLP. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>. [consulta: 20 de mayo 2011].

## 2. Condiciones del *hardship*

Una vez comprobada la alteración fundamental en las prestaciones del contrato, se entrará a examinar si concurren copulativamente las condiciones establecidas en el artículo 6.2.2 de los PU, siendo estos los siguientes:

### a. Desconocimiento del evento

Para recurrir a la excesiva onerosidad, los eventos que afecten el equilibrio del contrato deben ser sobrevinientes, es decir, no deben ser del conocimiento de cualquiera de las partes durante la celebración del mismo, de no ser de esta manera, deberán asumir la carga del incremento o disminución del valor de la prestación.

En relación a este requerimiento se desprende de los comentarios oficiales sobre los Principios, que en algunos casos el cambio de circunstancias en un contrato puede ser gradual, pudiendo el resultado final de dicho cambio constituir *hardship*. Si el cambio inició antes de la celebración del contrato, las partes deberán asumir los riesgos, salvo que el ritmo de la graduación del cambio aumente drásticamente durante la vigencia del contrato<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.2. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 20 de mayo 2011].

- b. Evento que no cabía razonablemente esperar tenerse en cuenta

Al analizar esta condición, podríamos encontrarnos en la misma situación de la fuerza mayor, al considerar que casi todos los acontecimientos han ocurrido en el pasado, por lo tanto, deberían ser tomados en cuenta al momento de la celebración del contrato.

El alcance de la previsibilidad, no obstante, se encuentra determinada por la razonabilidad, es decir, no se le exige a las partes un sacrificio desmedido, desproporcionado e irrazonable al asumir los riesgos que puedan dar lugar a la excesiva onerosidad.

En este punto el autor Frederick Fucci señala como eventos que pueden ser considerados previsibles, los siguientes: cambios dramáticos en los precios de mercado para los productos; desfavorable situación económica general de un país; las fluctuaciones monetarias, incluso graves; fracaso de un banco central de conceder la autorización a pagar en moneda extranjera, cuando los reglamentos de control de divisas se encuentran en el lugar en el momento de la contratación, y las hostilidades armadas entre los países con un historial de antagonismo<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup>FUCCI. Frederick R. Op. cit., s.p.

Es de nuestro conocimiento que las fluctuaciones en el valor de la moneda de un país constituye un hecho previsible, por lo que debe ser asumido por las partes en el contrato. Sin embargo, la norma pareciera ser un poco más flexible, en base a la ilustración dada en los comentarios de los PU, la cual expresa:

El precio de un contrato de compraventa entre “A” y “B” es expresado en moneda del país X. El valor de esta moneda se venía depreciando lentamente frente a otras antes de celebrarse el contrato. Un mes más tarde, una crisis política en el país “X” provoca una seria devaluación de su moneda cercana al 80% de su valor. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, esta devaluación constituye un caso de excesiva onerosidad (*hardship*), porque una aceleración tan dramática de la devaluación no podía ser prevista<sup>157</sup>.

Por otra parte, en la práctica comercial se destaca en la jurisprudencia el carácter excepcional de esta institución, al señalarse en un laudo arbitral de la ICC lo siguiente: “...*a dramatic fall in prices and currency divergency alone do not constitute unforeseeable circumstances...*”<sup>158</sup>.

En consideración a lo anterior, es preciso indicar que la teoría del *hardship* como excepción al principio *pacta sunt servanda*, es y siempre deberá ser limitada en su aplicación, salvo en casos donde realmente exista una alteración fundamental del contrato que ponga en un serio peligro los intereses de una de las partes.

---

<sup>157</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.2. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 25 de mayo 2011].

<sup>158</sup>INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. 1996. Arbitral Award, N° 8486, ZÜRICH. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=630&step=FullText>>. [consulta: 17 de junio 2011].

c. Evento que escapa del control de la parte en desventaja

La idea de un acontecimiento que escapa del control de la parte en desventaja, sugiere que esta parte no se encuentre al alcance del evento, ni que pueda ejercer alguna influencia o evitar de alguna manera las consecuencias del mismo, es decir, se debe tratar de un hecho de carácter externo y objetivo al sujeto que lo sufre.

Frente a esto el autor Frederick Fucci indica lo siguiente: “*An international arbitral tribunal cannot be expected to accept a hardship claim if the difficulties encountered by a contracting party were the result of its own act or negligence*”<sup>159</sup>.

El análisis de esta condición en la institución de *hardship*, corresponde al mismo ejercicio que se debe cumplir en los casos de fuerza mayor. Determinar qué acontecimiento se encuentran dentro del control de la parte, deberá ser evaluado desde cada caso en concreto.

---

<sup>159</sup>FUCCI, Frederick R. Op. cit., s.p.

d. Riesgo no asumido por la parte en desventaja

Si la parte en desventaja por la excesiva onerosidad ha asumido el riesgo de la ocurrencia de un acontecimiento o evento que afecte su prestación, los tribunales deberán respetar lo estipulado en el contrato con fundamento en el principio de libertad de contratación (artículo 1.1).

Es común en la práctica internacional, que los contratantes acuerden cláusulas donde se prevean y determinen de manera más específica, las condiciones que darán lugar a la institución de *hardship* y sus efectos, principalmente cuando se trata de contratos de larga duración. No obstante, en ausencia de un acuerdo entre ellas podrán recurrir a las disposiciones establecidas en los Principios de Unidroit, siempre que estos sean aplicables al caso.

Como nos señala el autor Agustín Madrid Parra: “Tal cláusula de asunción del riesgo suele incluirse en los contratos basados en la especulación. Quien especula hace una previsión del riesgo que está asumiendo”<sup>160</sup>.

Por otro lado, en los comentarios sobre los PU se indica que el término “asunción”, deja claro que no es necesario asumir expresamente los riesgos,

---

<sup>160</sup>MADRID PARRA, Agustín. Op. cit., 316 p.

porque esta responsabilidad puede derivarse de la propia naturaleza del contrato<sup>161</sup>.

La teoría señalada en las líneas que preceden, es igualmente entendida por la jurisprudencia como se puede apreciar en un fallo en el cual se rechazó la excesiva onerosidad por no cumplirse con el requisito de que tal “evento no fue asumido por la parte en desventaja”, dado que a razón de la naturaleza del contrato de suministro, el riesgo de la ocurrencia de un evento que afecte la producción de la mercancía recae sobre el productor<sup>162</sup>.

De este modo, si el riesgo es propio de la naturaleza del acuerdo, la parte en desventaja deberá asumir la carga de las consecuencias del acontecimiento, salvo que las partes hayan pactado lo contrario.

### 3. Efectos jurídicos de *hardship*

El párrafo primero del artículo 6.2.3 de los Principios de Unidroit, señala: <<En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa>>.

---

<sup>161</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.3. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 20 de junio 2011].

<sup>162</sup>UNILEX. 2006. Centro de Arbitraje de México (CAM). Op. cit., s.p.

En virtud de esta norma, ante la ocurrencia de un evento que constituya *hardship*, la parte en desventaja deberá reclamar en primera instancia la renegociación de los términos del contrato, con el objeto de que las partes recuperen el equilibrio de sus prestaciones.

La reclamación de la renegociación debe hacerse sin demora justificada, esto quiere decir, que la parte en desventaja deberá informar sobre el evento lo más pronto posible, desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo.

El tiempo preciso para realizar la notificación de la ocurrencia de la excesiva onerosidad, no se determina en el artículo 6.2.3 de los PU, no obstante, en los comentarios oficiales de este texto se menciona: “El plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular. Si las circunstancias se han presentado progresivamente, el término será mayor”<sup>163</sup>.

La notificación debe ir dirigida con el propósito de comunicar el cambio en las condiciones del contrato, además debe ir acompañada de los fundamentos que motivan la solicitud de renegociación, a menos que las causas sean obvias.

---

<sup>163</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.3. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 20 de junio 2011].

La finalidad de la notificación a la contraparte, es la de darle oportunidad para evaluar el estado actual del acuerdo, y determinar si se justifica o no dicha petición. La falta de comunicación en el tiempo preciso de estos dos aspectos, no significa que la parte en desventaja pierda el derecho a reclamar la excesiva onerosidad, aunque, la notificación tardía o incompleta puede afectar la tarea de determinar su existencia y sus efectos sobre el contrato<sup>164</sup>.

La parte agraviada por la excesiva onerosidad, no está facultada para suspender el cumplimiento del contrato, aun cuando haya solicitado la renegociación [artículo 6.2.3 (2)]. Es posible encontrar diferentes fallos a modo de ilustración sobre esta materia, tal es el caso de un laudo arbitral en el cual se concluyó: “. . .*in case of hardship the disadvantaged party is not entitled to declare termination of its own accord but has to request the Court or Arbitral Tribunal to do so. . .*”<sup>165</sup>.

La no posibilidad de suspensión del cumplimiento de las obligaciones del contrato, se basa fundamentalmente en el carácter excepcional del *hardship*, y

---

<sup>164</sup>Ibidem.

<sup>165</sup>UNILEX. 2000. International Court of Arbitration, number: 10021. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=Abstract>>. [consulta: 23 de junio de 2011].

del riesgo al abuso de este remedio por las partes contratantes, por lo que sólo tendrá cabida la suspensión del cumplimiento en casos muy excepcionales<sup>166</sup>.

En la renegociación del contrato las partes siempre deberán tener presente el principio de buena fe y lealtad negocial, esto implica según los comentarios de los Principios lo siguiente:

...que la parte en desventaja debe creer honestamente que existe una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), en lugar de reclamar la renegociación simplemente como una medida estratégica. Además, una vez que el reclamo ha sido presentado, ambas partes deben conducir las renegociaciones de una manera constructiva, absteniéndose en particular de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información que sea necesaria<sup>167</sup>.

Por otro lado, si las partes en un tiempo prudencial no llegan a un acuerdo sobre la adaptación del contrato, cualquiera de ellas puede recurrir ante un tribunal para que de manera razonable restablezca el equilibrio de las prestaciones (Artículo 6.2.3 (3) de los PU).

El tribunal una vez determinada la situación de excesiva onerosidad, y siempre que lo considere razonable, está facultado por el artículo 6.2.3 numeral cuarto, para:

---

<sup>166</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.3. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 23 de junio 2011].

<sup>167</sup>UNILEX. 2001. International Court of Arbitration. Arbitral Award, number 9994. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1062&step=Abstract>>. [consulta: 6 de julio 2011].

#### a. Resolución del contrato

Puede ocurrir que el acontecimiento que afecta el contrato sea de tal magnitud, que ni siquiera el propio tribunal pueda de manera razonable llegar a restablecer la alteración del equilibrio de las prestaciones, por lo que cabría en este caso la resolución del contrato.

La resolución del contrato como efecto del *hardship*, no se deriva del incumplimiento esencial por una de las partes de sus obligaciones [artículo 7.3.1 (1)], pudiendo tener diferentes consecuencias, tal como se desprende del literal (a) de artículo 6.2.3, al señalar: “Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad. . .podrá: a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas. . .”.

De esta manera, al no encontrarse establecidos en esta disposición los efectos de la resolución del contrato, se entiende serán fijadas por el tribunal.

La excesiva onerosidad no constituye una figura jurídica que se ejerce en caso de incumplimiento, pero tampoco se puede aplicar cuando las partes

hayan cumplido con las prestaciones del contrato, por consiguiente, sólo surtirá efecto cuando el cumplimiento se encuentre pendiente<sup>168</sup>.

#### b. Adaptación del contrato

Al ser la resolución del contrato uno de los mecanismos para solucionar los efectos de la excesiva onerosidad, es importante recordar que el objetivo que persigue esta figura es la renegociación o adaptación del contrato a las nuevas circunstancias.

Siendo así, el tribunal tiene la posibilidad de adaptar de manera razonable el contrato con miras a restablecer su equilibrio, y en el defecto de no lograr una solución equitativa, podrá decidir la resolución del contrato. Ahora bien, este orden de ideas no es del todo preciso, ya que la norma indica que el tribunal podrá determinar la resolución o la adaptación cuando sea razonable la aplicación de estos remedios, en virtud del estado actual de las circunstancias que afectan el contrato y en busca de la solución más equitativa para las partes.

---

<sup>168</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.2. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 6 de julio 2011].

Cuando se habla de equidad o equilibrio en las prestaciones de un contrato, no se refiere a una “. . .equivalencia absolutamente objetiva en términos económicos”, tal como señala el autor Agustín Madrid Parra<sup>169</sup>.

De esta manera, si la naturaleza del acontecimiento que altera fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, envuelve la adaptación del precio del contrato, se tendrán presentes diferentes aspectos que rodean los intereses y obligaciones de las partes. En los comentarios oficiales de los PU sobre la adaptación del contrato, se señala lo siguiente:

“La readaptación del precio puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte en desventaja, ya que el tribunal puede, por ejemplo, tener en cuenta la medida en que una de las partes ha asumido los riesgos y en qué medida la otra parte se podría beneficiar con la prestación recibida”<sup>170</sup>.

Por otra parte, dentro de estos mismos comentarios sobre el párrafo 4 del artículo 6.2.3, se indica:

Las circunstancias podrán ser tales que ni la resolución ni la adaptación del contrato sean apropiadas, por lo que la única solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup>MADRID PARRA, Agustín. Op. cit., 315 p.

<sup>170</sup>UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles. Article 6.2.3. [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. [consulta: 7 de julio 2011].

<sup>171</sup> Ibidem.

Las soluciones propuestas en los comentarios mencionados en las líneas que anteceden, no son a nuestra consideración prácticamente razonables, debido a que en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2.3 (3), si las partes no llegan a un acuerdo de adaptación del contrato, pueden recurrir como apoyo a un tribunal. Por lo tanto, estando la causa en manos de un juez o árbitro para resolver el problema, resulta contradictorio obligar a las partes a reasumir negociaciones, cuando la renegociación exigida en el artículo 6.2.3 (1) no tuvo resultados favorables. En cuanto a la convalidación de los términos del contrato por las partes según los comentarios de los PU, menciona el autor Agustín Madrid Parra: "... significa que el tribunal no considera la existencia de la excesiva onerosidad"<sup>172</sup>.

### C. *HARDSHIP* EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

La aplicación del *hardship* con fundamento en las disposiciones de la CCIM, es aún bastante incierta. En la historia legislativa del artículo 74 de la LUVI, se daba lugar a la exoneración de responsabilidad ante un cambio radical de circunstancias, sin embargo, esta norma recibió varias críticas.

Durante las diferentes reuniones celebradas para discutir las disposiciones que formarían parte de la Convención de 1980, se presentaron diversas

---

<sup>172</sup>MADRID PARRA, Agustín. Op. cit., 321 p.

propuestas de incluir la teoría sobre cambio de circunstancias, no llegando a resultados satisfactorios.

A nivel doctrinal, existe una extensa discusión en relación a la adaptación del actual artículo 79 a los casos de excesiva onerosidad, motivada especialmente por autores de diferentes sistemas jurídicos en los cuales se legisla sobre esta teoría.

Para el autor Peter Schlechtriem, no se cierra del todo la posibilidad de incluir las dificultades económicas imprevisibles como motivos de exención de responsabilidad, al señalar lo siguiente:

*It cannot be concluded, therefore, on the basis of the change in terminology from "circumstances" in ULIS Article 74(1) to "impediments" that an impediment in the sense of Article 79(1) of the Convention is only an occurrence that absolutely bars performance, but - under very narrow conditions - impediment also includes "unaffordability"<sup>173</sup>.*

El autor John O. Honnold, por su parte, también se muestra favorable en incluir las dificultades económicas al artículo 79, indicando:

*. . . the application of Article 79 to unanticipated economic difficulties should be consistent with the general principles applicable to this provision: (1) Exemption is confined to barriers to performance (e.g., delivery or payment); (2) An "impediment" to performance may result from general economic difficulties and dislocations only if they constitute a*

---

<sup>173</sup>SCHLECHTRIEM, Peter. Op. cit., s.p.

*barrier to performance that is comparable to other types of exempting causes*<sup>174</sup>.

De esta posición surge el problema relacionado con las fluctuaciones económicas y la liquidez de las partes, al considerar la jurisprudencia que no son situaciones inevitables e insuperables, que no constituyen un impedimento en virtud de lo consagrado en esta disposición. Algunos autores como Enderlein y Maskow, en respuesta a esta situación, señalan que el criterio para determinar el alcance de estas condiciones se encuentra en lo razonable<sup>175</sup>.

En relación al criterio de la razonabilidad, el autor Denis Tallon plantea lo siguiente:

*“The insurmountable character of the impediment is moreover defined rather strictly even though it is submitted to the requirement of reasonableness. . . Thus, the CISG is said to refer to a more flexible standard than that of traditional force majeure, but it is undoubtedly stricter than frustration or hardship”*<sup>176</sup>.

En consideración a lo establecido en párrafos precedentes, es legítimo considerar que existe un límite de sacrificio que se les debe exigir a las partes, pero es indudable que la razonabilidad de los requerimientos del artículo 79

---

<sup>174</sup>HONNOLD, John O., 1999. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho79.html>>. [consulta: 15 de julio 2011].

<sup>175</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 324-325.

<sup>176</sup>TALLON, Denis. Op. cit., pp. 590-595.

tienen una mayor exigencia cuando se trata de excesiva onerosidad, tal como ha quedado demostrado en la jurisprudencia.

En un laudo arbitral de la CCI, el tribunal sostuvo lo siguiente: *...the seller could be relieved of the obligation to deliver the goods at the contract price only if the contract contained a price adjustment clause, or in case of frustration of the contract, which was not the case here, since the increase in the market price was, in fact, neither sudden nor substantial nor unforeseeable. . .*<sup>177</sup>.

A pesar de que los jueces y árbitros han negado en reiteradas ocasiones la demanda de exoneración basada en esta teoría, existe un fallo en el cual, un tribunal dejó en manifiesto que, a pesar de no existir una norma expresa en la Convención que regule la teoría de *hardship*, tampoco es excluido de su alcance según el artículo 4 de este mismo texto<sup>178</sup>.

Otra posición existente dentro de la doctrina que trata de fundamentar la aplicación de la CCIM a los cambios de circunstancias, es representada por Stoll, tal como nos señalan a continuación los autores Endelein y Maslow:

---

<sup>177</sup> ICC ARBITRATION. 1989. Case No. 6281 of 1989 .Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 102. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>>. [consulta: 15 de julio 2011].

<sup>178</sup> UNILEX. 1993. Tribunale Civile di Monza. Nuova Fucinati S.P.A. v. Fondmetal International A.B. n.R.G. 4267/88. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=21&step=Abstract>>. [consulta: 15 de julio 2011].

*Stoll (Freiburg, 274) who represents the outsider opinion that economic impossibility and Wegfall der Geschäftsgrundlage (which is the terminology used in the FRG), do not constitute impediments in the meaning of Article 79, concedes, however, that insistence on unchanged performance could contradict the requirement of good faith under Article 7, paragraph 1.*<sup>179</sup>

En opinión de los autores citados en las líneas que anteceden, si bien no se encuentran en contra de aplicar el artículo 79 a los casos de excesiva onerosidad, tienen una mayor inclinación por la teoría del principio de buena fe, sosteniendo que: *“This view is more flexible than the one held by a majority because it does not tie to the inflexible scheme of legal effects under Article 79, in particular paragraph 5”*<sup>180</sup>.

Esta posición basada en la buena fe, es criticada por Tallon, quien señala:

*The principle of good faith must not be used to bypass explicit provisions of the Convention. Article 79 adopts an intermediate solution which ensures both contractual justice and the security of transactions. Furthermore, the notion of good faith is practically of no avail to the judge. If it were to be regarded as the legal basis of the theory of imprevision in international sales, harmony would be jeopardized and the aim of the Convention, as stated in Article 7(1) would not be attained*<sup>181</sup>.

Conocidas las posiciones que buscan aplicar la doctrina de *hardship* dentro del texto de la CCIM, es importante analizar el problema relacionado con el efecto característico de esta institución, relativo a la adaptación del contrato. En

---

<sup>179</sup> ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 323-325.

<sup>180</sup> Ibidem., pp. 323-325.

<sup>181</sup> TALLON, Denis. Op. cit., pp. 590-595.

virtud de ello, se señala que: “*Tallon (BB, 593 fol) has good reasons to attack recourse to good faith, but the same reasons, vagueness, in the end, unfortunately also apply to the other solution*”<sup>182</sup>.

La Convención de Viena de 1980 nada estipula sobre la capacidad de los jueces y árbitros de adaptar las condiciones del contrato, por lo tanto, no sería posible recurrir a este remedio.

En base al artículo 79 (5), la exoneración de responsabilidad sólo recae sobre la demanda de daños y perjuicios, pudiendo la parte acreedora recurrir al cumplimiento específico o al reclamo de intereses, recursos que no ayudan a resolver el problema del cambio de circunstancias.

Si se busca recurrir a la resolución del contrato como solución a los casos de *hardship* de la CCIM, existe un fallo mediante el cual el tribunal manifestó: “*In the court’s opinion, even if CISG had applied, the seller could not have relied on hardship as a ground for avoidance, as CISG does not contemplate this as a remedy either in Art. 79 or elsewhere*”<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup>ENDERLEIN and MASKOW. Op. cit., pp. 324-325.

<sup>183</sup>UNILEX. 1993. Tribunale Civile di Monza. Nuova Fucinati S.P.A. v. Fondmetal International A.B. N.R.G. 4267/88. [en línea]. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=21&step=Abstract>>. [consulta: 20 de julio 2011].

Considerar la existencia de una laguna en el texto que dé lugar a la aplicación del artículo 7 (2), es una solución que en nuestra propia opinión no resulta apropiada, ya que no se encuentra acorde con el principio de uniformidad perseguido por el texto internacional, en vista de las diferentes condiciones y soluciones que podrían existir de esta teoría en las distintas legislaciones nacionales.

Así vemos por ejemplo, la aplicación de la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad en las legislaciones de Panamá y Chile, en donde la primera regula la excesiva onerosidad, siendo su efecto principal la terminación del contrato. Por otro lado, la segunda no consagra normas sobre la teoría de la imprevisión, al considerar que va en contra del principio universal del *pacta sunt servanda*.

Otra solución a este problema, sería que los jueces o árbitros apliquen los Principios de Unidroit como principios de derecho internacional, sin embargo, esta salida presenta dos situaciones: en primer lugar, se requiere el reconocimiento de la existencia de una laguna en el artículo 79 con respecto al *hardship* y; en segundo lugar, no existe una norma expresa en la Convención que faculte a los tribunales para la adaptación del contrato<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 239-240.

Hasta el momento, el tema de *hardship* no ha sido definido ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, y son pocas las referencias que permiten llegar a una conclusión definitiva. Además, no existen precedentes que nos den luces de cómo aplicar o interpretar la Convención ante un caso real de *hardship*.

En la actualidad, este tema cobra mayor importancia principalmente por las crisis económicas que han afectado a países de la Unión Europea y Estado Unidos, provocadas por distintas circunstancias y que han afectado el comercio internacional.

Los efectos de estas crisis en los contratos pactados en un período prolongado de tiempo, no previsto por las partes al momento de la celebración del contrato, puede llevar a la necesidad de adaptar las circunstancias a los nuevos cambios, ya sea a través de la manifestación de voluntad de las partes, de las cláusulas de ajuste de precio o *hardship* o de las normas de *hardship* establecidas en los PU (si las partes lo acordaron expresamente).

Una vez determinados los problemas concernientes a la interpretación de la CCIM, podemos concluir que una vez más queda en manos de los jueces y árbitros decidir si es posible su aplicación a los casos de excesiva onerosidad en base a sus artículo 79 y 7 (1), si es necesario recurrir a las legislaciones

nacionales o a los principios generales en los que se basa la Convención, mediante la aplicación del artículo 7 (2).

## **CAPÍTULO IV**

## I. CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR

Las cláusulas de fuerza mayor, son incluidas a menudo en los contratos comerciales internacionales con la finalidad de limitar la responsabilidad de los obligados ante la ocurrencia de acontecimientos que puedan impedir el cumplimiento del contrato.

En los Principios de Unidroit, son reconocidas las “cláusulas de exoneración” expresamente en su artículo 7.1.6, señalando lo siguiente:

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

Además, en los comentarios de los PU se define como cláusula de exoneración lo siguiente:

A los fines de esta disposición, se entiende por cláusulas de exoneración aquellas que, en primer lugar, limitan directamente o excluyen la responsabilidad de la parte incumplidora por su incumplimiento. Estas cláusulas pueden expresarse de diversas formas (*v.gr.* estableciendo un monto fijo que limita el resarcimiento, o un porcentaje del cumplimiento en cuestión, o imponiendo la retención de un depósito). También se considera una cláusula de exoneración aquella que permite a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente. En la práctica, este tipo de cláusula tiene el propósito de permitir al deudor alterar unilateralmente el carácter de la prestación debida, hasta el punto de transformar el contrato. Debe

distinguirse estas cláusulas de aquellas que se limitan a definir las prestaciones a las cuales se obliga el deudor<sup>185</sup>.

Las partes pueden redactar las cláusulas de acuerdo a sus intereses, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la celebración del contrato. Asimismo, pueden regular las situaciones no especificadas en los textos internacionales, resolviendo los problemas abordados principalmente en el texto de la CCIM, limitando o suspendiendo su aplicabilidad.

De esta manera, como indica Jennifer Bund, las partes pueden definir determinados aspectos tales como: *"For example, the parties could define what they mean by "third parties." The clause should also explicitly state whether a force majeure event excuses performance permanently or only temporarily"*<sup>186</sup>.

Para el autor Rimke, la cláusula no necesariamente se define en virtud de hechos que hagan imposible el cumplimiento del contrato, al indicar que:

*"Thus, in some modern clauses, events of force majeure are defined as events that do not necessarily render the contract performance impossible, but hamper the normal discharge of the contract obligation, or make it exorbitant from a commercial standpoint"*<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup>UNIDROIT. Comentarios a los Principios de Unidroit. [en línea]. <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>>. [consulta: 17 de noviembre 2011].

<sup>186</sup>BUND, Jennifer M. 1998. Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>>. [consulta: 21 de noviembre 2011].

<sup>187</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 229-230.

Como se ha visto al estudiar la fuerza mayor, la exoneración de responsabilidad en la CCIM y en los Principios de Unidroit se dan en muy pocos casos, y no existe un criterio de interpretación del todo uniforme. Se parte en estos textos de la idea que todos los impedimentos han sido de cierta manera previstos, y a falta de uno de los requisitos establecidos en estas normas, no se exime a una parte de su responsabilidad.

Es así, como mediante la cláusula de fuerza mayor, las partes pueden superar los inconvenientes que presentan estos documentos internacionales, en especial, lo referente al obstáculo de la previsibilidad<sup>188</sup>.

En atención a esta cláusula, el autor Joern Rimke señala lo siguiente:

*“The requirement of domestic law, however, that the force majeure events must not be attributable to the obligee and must be irresistible or beyond the control of the parties, is also contained in force majeure clauses in international contracts”<sup>189</sup>.*

También, son incluidas en las cláusulas de fuerza mayor como práctica comercial, los tipos de acontecimientos que darán lugar a la limitación de responsabilidad.

---

<sup>188</sup>Ibidem.; pp. 405-406.

<sup>189</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 229-230.

Esta práctica fue recogida por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), al redactar un modelo de cláusula de fuerza mayor donde se incluye una lista de acontecimientos que comprenden categorías generales, tales como: guerra civil, actos de Dios, terrorismo; y categorías específicas como: disturbios de rebelión y revolución, hostilidades, plagas, epidemias, entre otros<sup>190</sup>.

Para la redacción de la cláusula de la CCI, se usó como fuente importante los Principios de Unidroit, siendo muy parecidos en su contenido. Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambos documentos respecto a los requisitos para que tenga lugar la fuerza mayor. Además, en la cláusula de fuerza mayor de la CCI, se regulan algunas situaciones omitidas en los Principios y en la CCIM (terceras personas, fuerza mayor temporal, entre otros), al igual que se producen diferentes efectos en su aplicación.

En relación a los requerimientos exigidos en la cláusula de la CCI, se estipula que deben basarse en la razonabilidad, incluso, cuando se trata de un impedimento fuera del control de las partes. Sobre el particular, es de nuestra opinión que aún con el elemento de la razonabilidad no deja de ser estricta esta cláusula, en vista de que se exige que el impedimento debe ser razonablemente

---

<sup>190</sup> CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). 2003. ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003. [en línea]. <<http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=233>>. [consulta: 26 de julio 2011].

imprevisible al momento de la conclusión del contrato, inevitable, e insuperable los efectos del mismo.

Como bien conocemos, la razonabilidad es un término no del todo definido en la contratación internacional, pero las partes al tomar como modelo esta cláusula pueden ajustar su contenido de modo que satisfagan sus propios intereses comerciales.

Otro de los aspectos que se incluyen en la práctica dentro de las cláusulas de fuerza mayor, es lo referente a la notificación de la fuerza mayor. La parte que se encuentra retrasada o impedida del cumplimiento del contrato, deberá notificar a la otra parte tan pronto tenga conocimiento de la ocurrencia de la fuerza mayor.

Las partes también pueden determinar las condiciones de este envío, incluyendo el tiempo límite de la notificación, si la noticia debe ser por escrito, las consecuencias de la falta de notificación, cuándo surge el deber de dar aviso, entre otros<sup>191</sup>.

En relación a las consecuencias de la falta de notificación, nos indica el autor Rimke:

---

<sup>191</sup>BUND, Jennifer M. Op. cit., 407p.

*“Failure to provide such notice often results in drastic consequences where one cannot rely on the clause to excuse non-performance. Such a situation, however, is not thought to result automatically from a failure to provide timely notice; there is usually an express provision in the contract”<sup>192</sup>.*

Los efectos de las cláusulas de fuerza mayor, conllevan la no responsabilidad del incumplimiento del contrato para la parte que sufre el impedimento, aunque las partes tienen la posibilidad a través de las cláusulas de regular las consecuencias de la fuerza mayor, y adaptarlas a cada tipo de contrato<sup>193</sup>.

En la práctica internacional las partes comúnmente extienden el plazo de cumplimiento por un período razonable, una vez superada la fuerza mayor antes de terminado este lapso, continúan con la ejecución del contrato sin ninguna consecuencia. No obstante, si la fuerza mayor aún permanece, ellas tendrán la facultad de terminar el contrato<sup>194</sup>.

Además de la terminación del contrato, las partes pueden acordar la adaptación del mismo, cuando las consecuencias de la fuerza mayor se exceden del plazo acordado, o de un periodo razonable, de conformidad con

---

<sup>192</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 30-231.

<sup>193</sup>HELLNER, Jan. 1986. The Vienna Convention and Standard Form Contracts. [en línea]. Reproduced with permission of Oceana Publications. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hellner.html#ix>>. [consulta: 12 de agosto 2011].

<sup>194</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 230-233.

sus intereses comerciales. Esta nueva práctica comercial, permite incluso introducir situaciones propias de la doctrina del *hardship*.

Resulta importante al momento de la celebración de un contrato internacional, tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el negocio y que pudieran tener impacto sobre su cumplimiento, así como señala Jennifer Bund:

*“In addition to considering purpose, drafters should assess the impact that the international character of the contract might have on performance, e.g., longer distances, the involvement of two separate governments, currency exchange, and diplomacy”<sup>195</sup>.*

La redacción de la norma debe ser clara, para evitar ambigüedades en su interpretación y debe atenderse su carácter internacional, tratando de evitar términos propios de las legislaciones nacionales que no son manejados en este ámbito. De igual manera, al redactar la cláusula deberán considerarse las demás estipulaciones del contrato, creando una armonía entre todas las cláusulas y evitando la existencia de incongruencias en su interpretación<sup>196</sup>.

Como hemos señalado, es común que las partes redacten una lista de acontecimientos que constituyan fuerza mayor, las cuales pueden ser de carácter general, específico o ambas. Se recomienda redactar esta lista de

---

<sup>195</sup>BUND, Jennifer. Op. cit., pp. 406-407.

<sup>196</sup>BUND, Jennifer. Op. cit., pp. 409-410.

forma clara y no exhaustiva, es decir, se debe expresar que no se limita sólo a los acontecimientos enumerados en ella cuando se trata de eventos específicos. En relación a la lista de eventos de carácter general, es preciso que las partes señalen que las mismas se extienden a cualquier otro evento sean o no similares a las acordadas<sup>197</sup>.

Esta última recomendación va dirigida a evitar la interpretación judicial, en vista de que los tribunales pueden estar más dispuestos a interpretar estas cláusulas de manera que se niegue la exoneración de responsabilidad.

En los comentarios de los PU, se señalan los motivos de incluir una regla especial sobre cláusulas de exoneración en este texto (Artículo 7.1.6), expresando:

La razón para la inclusión de una regla específica sobre cláusulas de exoneración es que éstas son particularmente comunes en los contratos internacionales, donde tienden a originar espinosos conflictos entre las partes.

Este artículo opta por otorgarle al juez amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Las disposiciones del contrato que regulan las consecuencias del incumplimiento son válidas en principio, pero el juez puede ignorar las cláusulas leoninas<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup>BUND, Jennifer. Op. cit., 408 p.

<sup>198</sup>UNIDROIT. Comentarios a los Principios de Unidroit. [en línea]. <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>>. [consulta: 17 de agosto de 2011].

## II. CLÁUSULA DE HARDSHIP

Las cláusulas de *Hardship*, son incluidas por las partes en los contratos internacionales para regular de forma directa los cambios de circunstancia o de excesiva onerosidad, que puedan alterar de manera fundamental las prestaciones del acuerdo, incluso, haciéndolas diferentes a las negociadas en principio por las ellas.

El autor Dionysios. P. Flambouras se refiere a las cláusulas de *hardship*, de la siguiente forma:

*“ . . . A hardship clause attempts to anticipate and deal with the situation where unforeseen circumstances fundamentally change the contractual equilibrium such that an excessive, normally economic, burden is thrust upon one of the parties”<sup>199</sup>.*

La introducción de una cláusula de *hardship* en el contrato, es un recurso que permite a las partes cubrir los problemas de aplicación presentes en la CCIM respecto a esta figura, y de la divergencia de legislaciones nacionales no uniformes en su regulación contractual.

En el contenido de los contratos internacionales, no es tan común la integración de las cláusulas de *hardship* debido a su naturaleza, aunque las

---

<sup>199</sup>FLAMBOURAS, Dionysios P. 2001. The doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A comparative Analysis. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html#iii>>. [consulta: 20 de agosto 2011].

situaciones de excesiva onerosidad o cambio radical de circunstancias pueden ser consideradas dentro de los eventos que constituyen fuerza mayor, aunque conllevan diferentes efectos.

De acuerdo con lo antes dicho, el autor Frederick R. FUCCI, nos señala:

*If the conditions for force majeure are met, performance of the contract is suspended or excused, either partially or entirely, with the party affected bearing the economic consequences, unless there is a clause specifying otherwise. This does not address the situation of whether the terms of a long-term contract could be altered under a hardship theory<sup>200</sup>.*

La cláusula de *hardship*, es un instrumento de renegociación que juega un papel esencial en los contratos que se contraen a largo plazo, al ser los mismos más susceptibles de sufrir cualquier alteración ante las situaciones sociales, políticas y económicas cambiantes del comercio internacional.

La jurisprudencia ha reconocido la importancia de introducir dentro de las relaciones de negocios a largo plazo, cláusulas de renegociación para los casos de cambio de circunstancias, tales como las cláusulas de *hardship*<sup>201</sup>.

En cuanto a las condiciones que se requieren para estas cláusulas, se señala en los comentarios del autor Joern Rimke, lo siguiente:

---

<sup>200</sup> FUCCI. Frederick R. Op. cit., s.p.

<sup>201</sup> UNILEX. 2001. Cour d'Appel de Colmar. [en línea]. Francia. <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=814&step=Abstract>>. [consulta: 20 de agosto 2011].

*“Hardship clauses usually state that the circumstances at the time of the conclusion of the contract have changed. This change of circumstances must be serious or substantial and beyond the control of either party. Finally, the change must be entirely unanticipated and unforeseeable”<sup>202</sup>.*

Por otro lado, existen cláusulas modelos tales como la creada por la CCI, en la cual, para que se dé la aplicación de esta figura es necesario que el evento se encuentre fuera del control razonable de la parte en desventaja, y que no cabía razonablemente esperar que se tuviese en cuenta en el momento de la formación del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias<sup>203</sup>.

El efecto de la aplicación de la cláusula de *hardship*, consiste principalmente en el deber de las partes de mantener la relación contractual, a través de la adaptación o renegociación de las prestaciones alteradas sustancialmente.

En los comentarios del autor Joern Rimke, se indican algunos ejemplos de criterios establecidos para la revisión del contrato en casos de *hardship*, siendo estos los siguientes: *<<An example of such a clause is, "to restore the equilibrium between the parties as it was at the time of the conclusion of the*

---

<sup>202</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., 228 p.

<sup>203</sup>CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). 2003. ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003. [en línea]. <<http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=233>>. [consulta: 26 de agosto 2011].

*contract." A more subjective approach would be, for example, "with fairness" or "equitable adjustment">><sup>204</sup>.*

La renegociación o adaptación del contrato, va dirigida a la recuperación del equilibrio económico afectado o restablecer la equidad contractual por autonomía de las partes. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo para restablecer el equilibrio comercial del contrato, normalmente se estipula la intervención de un tercero para llegar a un ajuste (tribunal o árbitro) o la terminación del mismo<sup>205</sup>.

La alternativa de recurrir a un tercero para la adaptación del contrato, en algunos casos puede presentar inconvenientes, debido a que los tribunales pueden mostrarse reacios a la revisión del contrato para su adaptación, al no encontrarse entre sus facultades modificar los términos acordados inicialmente por las partes. Además, tal como señala el autor John Y. Gotanda, existe el peligro de que el resultado de esta adaptación sea totalmente diferente al originalmente previsto por las partes<sup>206</sup>. Sin embargo, esta facultad es dada por las partes a los tribunales con el ánimo de continuar con la ejecución de

---

<sup>204</sup>RIMKE, Joern. Op. cit., pp. 228-229.

<sup>205</sup>Ibidem.

<sup>206</sup>GOTANDA, John Y. 2003. "Renegotiation and Adaptation: Clauses in Investment Contracts", [en línea]. Vanderbilt Journal of Transnational Law. <<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/index.aspx>>. [consulta: 17 de septiembre 2011].

contrato, por lo tanto, los tribunales se encuentran compelidos a restablecer el equilibrio comercial.

En relación a la terminación del contrato, es una solución que debe darse en casos realmente excepcionales, toda vez que no sea posible restablecer el equilibrio de las prestaciones, o que las partes no tengan interés en continuar la ejecución del contrato en virtud de las nuevas circunstancias.

## **CAPÍTULO V**

## I. LEY APLICABLE A LA SITUACIÓN DE HECHO FITCIO

A primera vista, podemos indicar que el caso vincula dos jurisdicciones nacionales distintas como lo son las de Panamá y Chile, que podrían ser aplicables al contrato para resolver los conflictos que surjan del mismo. Igualmente, al tratarse de un contrato de compraventa internacional, también podrían aplicarse dos instrumentos uniformes que regulan esta materia, que son: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías de 1980 y los Principios de Unidroit.

Como ya hemos visto en los Capítulos II, III y IV que tratan sobre el alcance y la aplicación de ambos grupos de leyes aplicables al contrato, relacionados específicamente con las figuras de fuerza mayor y excesiva onerosidad, lo que continúa es resolver su aplicación al caso planteado en el Capítulo I.

En el caso se presentan dos situaciones, la primera corresponde al incumplimiento de un tercero FRUTOS DEL VALLE debido a un inusual frente de nieve, lluvia y fuertes vientos, contratado por la empresa UVAS DEL CAMPO (vendedor) para realizar la entrega a la empresa DOS MARES (comprador), de cierta cantidad de uvas frescas y secas de conformidad con la calidad y cantidad establecida en el contrato.

La segunda situación, corresponde a la falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte de la empresa compradora DOS MARES, aduciendo que en virtud de la crisis financiera mundial, el banco donde la empresa había realizado el pago se encontraba sin liquidez, situación que según el comprador se escaba de su control y hacía excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato.

Luego de haber analizado las normas, doctrina y jurisprudencia que regulan las materias de fuerza mayor y *hardship* en los cuatro instrumentos jurídicos de estudio, es preciso conocer cómo se aplicarían al caso en concreto.

#### A. FUERZA MAYOR

De aplicarse la legislación panameña, habría inicialmente que definir si el evento es producido por un hecho el hombre (fuerza mayor) o proviene de un acontecimiento de la naturaleza (caso fortuito). Como pudimos observar en el Capítulo II, la legislación panameña en su artículo 34d del Código Civil, hace la distinción entre estas dos figuras. Tratándose el evento de un inusual frente de nieve, lluvia y fuertes vientos, nos encontraríamos ante un acontecimiento de la naturaleza, por lo cual se aplica la figura de “caso fortuito”.

Lo anterior, podría ser desventajoso para la empresa UVAS DEL CAMPO, ya que de no definir correctamente este hecho como caso fortuito, podría encontrarse en la situación de recibir o no la exoneración de responsabilidad.

Esto se plantea diferente en la legislación civil de Chile, en el cual se define la fuerza mayor y el caso fortuito como conceptos sinónimos. Esto siempre que las partes al elegir la legislación chilena como aplicable al contrato, hayan excluido la aplicación de la Convención de Viena de 1980 (artículo 6), la cual es parte de su ordenamiento interno.

En los textos internacionales, resulta una ventaja la aplicación del término “impedimento” empleado en el artículo 79 de la CCIM y el artículo 7.1.7 de los PU, en virtud de que el mismo incluye los hechos que son producto de la naturaleza o de la mano del hombre. Por consiguiente, la elección de cualquiera de estos dos textos como ley aplicable al contrato le daría mayor certeza jurídica a la empresa UVAS DEL CAMPO, al emplear conceptos uniformes que evitan las diferencias de las legislaciones nacionales.

Otra de las ventajas que presentan la Convención y los Principios de Unidroit, corresponde a que en una sola norma se agrupan las condiciones que el juez o árbitro tendrá que verificar si se reúnen para otorgar o no la exoneración de responsabilidad, sus efectos y otros aspectos.

En las legislaciones de Panamá y Chile, las normas que regulan la fuerza mayor y caso fortuito aplicables al contrato de compraventa internacional, se encuentran dispersas en los Códigos Civil y Comercial.

En relación a los requisitos que se deben cumplir para que tenga lugar el caso fortuito según la legislación civil panameña, se requiere que el hecho sea imprevisible, o que previsto, sea inevitable e inimputable al deudor (artículos 34d y 990). Estos elementos son muy parecidos a los establecidos por el Código Civil chileno, en el cual para que se configure el caso fortuito, el hecho debe ser inimputable al deudor, imprevisto e irresistible (artículo 45 y 1547).

La responsabilidad bajo ambas jurisdicciones domésticas, sigue la corriente subjetivista basada en la culpa. En este caso, la empresa UVAS DEL CAMPO podrá exonerarse de responsabilidad probando que actuó con la diligencia de un buen padre de familia, y que la ocurrencia del hecho no se debió a un acto de su voluntad.

En las normas internacionales se desprende del artículo 79 de la CCIM y del artículo 7.1.7 de los PU, que para que tenga lugar la exoneración de responsabilidad, la empresa UVAS DEL CAMPO deberá probar que el impedimento se encontraba fuera de su control, y que no cabía razonablemente

esperar tenerlo en cuenta en el momento de la celebración del contrato, evitarlo o superarlo o sus consecuencias.

La responsabilidad que se deriva de las normas internacionales, varía respecto a las normas nacionales de Panamá y Chile, dado que se concibe en términos objetivos y estrictos, alejado del concepto de culpa. Esto a favor de la empresa DOS MARES, que ha sido afectada por la falta de conformidad de las mercaderías, por lo cual si la empresa UVAS DEL CAMPO no logra probar la fuerza mayor en los términos de la Convención y de los PU, deberá indemnizar al comprador por daños y perjuicios.

Por otro lado, en el acuerdo entre el comprador DOS MARES y el vendedor UVAS DEL CAMPO, se estableció que la empresa FRUTOS DEL VALLE interviniera en el contrato proveyendo parte de la mercancía que no podía ser cubierta por la empresa UVAS DEL CAMPO. En ese caso, la empresa FRUTOS DEL VALLE sería una tercera persona, a la cual el vendedor le ha encargado parte del cumplimiento del contrato.

En las legislaciones nacionales, particularmente el artículo 1679 del Código Civil de Chile, indica: "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". En este sentido, la empresa UVAS DEL CAMPO será responsable de la empresa FRUTOS DEL

VALLE, salvo que pruebe que su incumplimiento fue debido a un caso de fuerza mayor y no por su hecho o culpa.

En la legislación panameña, si la empresa FRUTOS DEL VALLE se encuentra comprendida dentro del artículo 1645 del Código Civil, como personas por quienes responde el deudor, dicha responsabilidad cesará si prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Ahora bien, si la empresa UVAS DEL CAMPO no es responsable de la empresa FRUTOS DEL VALLE, el incumplimiento de este tercero podría exonerar al deudor de su responsabilidad, pues tal hecho constituiría fuerza mayor.

En la Convención de Viena, si la empresa FRUTOS DEL VALLE se encuentra encargada del cumplimiento parcial del contrato en los términos del párrafo 2 del artículo 79, deberán probar tanto FRUTOS DEL VALLE como UVAS DEL CAMPO que cumplieron con las condiciones para la exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 79 (1). De encontrarse la empresa FRUTOS DEL VALLE bajo la dependencia de la empresa UVAS DEL CAMPO, en ese caso esta última para exonerarse de responsabilidad deberá probar que fue debido a un impedimento bajo las condiciones del artículo 79 (1).

En ambos supuestos, de aplicarse la Convención de Viena al contrato se hace posible la exoneración por falta de terceros, pero en términos muy estrictos sobre todo si se enmarca en el párrafo 2 del artículo 79, al requerirse una doble exigencia probatoria. En otros términos, es realmente excepcional la exoneración de responsabilidad por parte de terceros, haciendo que las partes asuman todos los riesgos posibles de la relación comercial y a favor del cumplimiento del contrato. No obstante, dentro de la jurisprudencia se han dado casos de exoneración de responsabilidad por falta de cumplimiento de terceros, por lo cual de estimar el juez o árbitro que se cumplen las condiciones del artículo 79 (1) o (2) de la CCIM, la empresa UVAS DEL CAMPO podría exonerarse de responsabilidad por la falta de cumplimiento de la empresa FRUTOS DEL VALLE.

En cuanto a los PU, no existe una norma en el artículo 7.1.7 que regule el incumplimiento debido a un tercero, por lo que en este caso la empresa UVAS DEL CAMPO será responsable por la falta de FRUTOS DEL VALLE. En ausencia de norma que regule el incumplimiento de un tercero, si la empresa UVAS DEL CAMPO llegase a probar que el incumplimiento fue debido a un inusual frente de nieve, lluvia y fuertes vientos que reúne los requerimientos del artículo 7.1.7, podría exonerarse de responsabilidad.

Por otro lado, un aspecto que hemos visto aplica únicamente respecto a la CCIM y a los PU, corresponde a la notificación de la ocurrencia del impedimento y sus consecuencias, debido a que las legislaciones nacionales no regulan la notificación de la fuerza mayor.

Esta notificación hubiese permitido que la empresa DOS MARES, conociera del impedimento y se encontrara en mejor posición para asumir las consecuencias de su impacto, incluso procurándose con otro vendedor la sustitución de la mercadería.

En el caso expuesto, esta notificación no fue realizada por la empresa UVAS DEL CAMPO en un tiempo razonable desde la ocurrencia del impedimento, por lo que de conformidad con el artículo 7.1.7 (3) de los PU o el artículo 79 (4) de la CCIM deberá responder por los perjuicios derivados de la falta de dicha comunicación.

En referencia a los efectos del caso fortuito, según lo señalado en el artículo 757 del Código de Comercio de Panamá y el artículo 143 del Código de Comercio de Chile, la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la mercadería sobrevinientes a la perfección del contrato serán por cargo de la empresa UVAS DEL CAMPO (vendedor). De esta manera, la empresa UVAS DEL CAMPO se liberará de responsabilidad por el incumplimiento de la entrega

de mercaderías no conformes, pero la empresa DOS MARES no estará obligada a realizar el pago de dicha mercancía.

En virtud del artículo 767 del Código de Comercio de Panamá sobre la compraventa, además se indica que: “si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, el contrato quedará rescindido de derecho, y el vendedor libre de toda responsabilidad”.

En el caso de las normas internacionales, esto presenta una amplia diferencia, ya que la exoneración de responsabilidad sólo surtiría efecto en relación a la indemnización de daños y perjuicios por la entrega no conforme de las mercancías. En consecuencia, la empresa DOS MARES puede ejercer los demás remedios establecidos en los artículos 46 a 52 de la Convención de Viena y en el Capítulo 7 de los Principios de Unidroit, siempre que se cumplan las condiciones estipuladas para cada uno de ellos.

Adicionalmente, se establece en ambos instrumentos uniformes que la exoneración de responsabilidad otorgada a una parte surtirá efectos mientras dure el impedimento <<artículo 79 (3) de la CCIM y artículo 7.1.7 (2)>>, por consiguiente, al momento en que este sea superado la empresa UVAS DEL CAMPO quedará nuevamente obligada al cumplimiento del contrato.

## B. *HARDSHIP*

En relación a la empresa DOS MARES, por su parte, al solicitarle la empresa FRUTOS DEL VALLE el pago de las mercancías entregadas en conformidad con el contrato, aduce que el banco no había realizado el pago de la mercadería por falta de liquidez como resultado de la crisis económica mundial, situación que se escapaba de su control y hacía excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato.

Para resolver esta situación como hemos estudiado, la figura de excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión no se encuentra expresamente regulada en los Códigos Civil y de Comercio de la República de Chile, por lo cual, la empresa DOS MARES al denunciar la excesiva onerosidad de su prestación, no tendría sustento legal en dicha jurisdicción.

La legislación de la República de Panamá, por otro lado, si regula la excesiva onerosidad en sus artículos 1161a, 1161b y 1161c del Código Civil. En virtud del artículo 1161a del texto legal en mención, la empresa DOS MARES deberá probar que la excesiva onerosidad se debió a un acontecimiento extraordinario e imprevisible, pero no surtirá efectos esta figura si entrara el área normal del contrato.

En esta situación si la empresa DOS MARES prueba la excesiva onerosidad, podrá pedir como principal efecto, la terminación del contrato. No obstante, la terminación del contrato podría evitarse si la empresa UVAS DEL CAMPO, ofrece modificar equitativamente las condiciones del mismo.

Desde la aplicación de los Principios de Unidroit, que regula la excesiva onerosidad (artículo 6.2.2), la empresa DOS MARES deberá demostrar que el equilibrio del contrato fue alterado de modo fundamental por el acontecimiento, al incrementarse el costo de su prestación. Además, el comprador deberá probar que: conoció del acontecimiento después de la celebración del contrato, no pudo tenerlos razonablemente en cuenta en el momento de celebrarse el contrato, el evento se escapaba de su control y no asumió el riesgo de su ocurrencia.

Como se desprende de lo anterior, en los Principios de Unidroit existe una mayor exigencia respecto a los requisitos que se deben reunir para dar lugar a la excesiva onerosidad, haciendo de esta figura realmente excepcional.

Adicionalmente, los efectos de la excesiva onerosidad de conformidad con el artículo 6.2.3 de los PU, en principio envían a las partes a la renegociación del contrato a fin de recuperar el equilibrio contractual y mantener la relación comercial.

Para ejercer la reclamación de la renegociación por parte de la empresa DOS MARES, debió informar el acontecimiento a la empresa UVAS DEL CAMPO desde el momento en que tuvo conocimiento del mismo. Sin embargo, la falta de notificación no imposibilita a la empresa DOS MARES a reclamar la excesiva onerosidad.

Por otro lado, si las partes en un tiempo prudencial no llegan a un acuerdo sobre la adaptación del contrato, cualquiera de ellas puede recurrir ante un tribunal para que de manera razonable restablezca el equilibrio de las prestaciones (Artículo 6.2.3 (3) de los PU). Las facultades del Tribunal una vez determinada la excesiva onerosidad, sólo en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, será resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas o adaptar el contrato con miras a restablecer el equilibrio.

En este punto, resulta conveniente para mantener la relación comercial aplicar los Principios de Unidroit, que en caso de demostrarse la excesiva onerosidad podrán las partes renegociar el contrato. De esta manera, la empresa UVAS DEL CAMPO no tendrá que soportar la carga de la terminación del contrato de aplicarse la legislación de Panamá.

Con respecto a la aplicación de la Convención de Viena, como pudimos ver en las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, no existe una postura clara en

relación a su aplicación a la excesiva onerosidad. Sobre este particular, siempre queda la opción de las partes de negociar las cláusulas de *hardship*, en ausencia de una norma expresa de la Convención y evitar la aplicación de normas nacionales en virtud del artículo 7 (2), que pudieren no regular esta materia.

## II. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos analizado hasta el momento todos los puntos relevantes del contrato, a partir del incumplimiento de las partes por la ocurrencia de circunstancias que podrían constituir fuerza mayor o excesiva onerosidad.

Para resolver un caso de esta naturaleza, es cierto que dependerá de la prueba que presente cada una de las partes del contrato y será tarea del árbitro o juez determinar si concurren las condiciones de estas figuras de conformidad con cada instrumento jurídico estudiado, o si por el contrario, las partes serán responsables por el incumplimiento de sus obligaciones.

No obstante lo anterior, el objetivo principal de este estudio es precisamente conocer como los instrumentos jurídicos observados se aplican respecto a la fuerza mayor y *hardship*, y a partir de ello elegir cuál sería más conveniente para resolver los conflictos que resulten del contrato.

En principio, como resultado del análisis en conjunto de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, podemos indicar que la Convención de Viena de 1980, es a nuestro criterio el más exigente con respecto a las excepciones del principio "*pacta sunt servanda*", siendo por otro lado, la legislación panameña más flexible en estos términos.

En el caso entre UVAS DEL CAMPO (vendedor) y DOS MARES (comprador), se trata de un contrato de compraventa con elementos internacionales, por lo cual nuestra recomendación es aplicar textos jurídicos especializados en esta área como lo son la Convención de Viena de 1980 y los Principios de Unidroit.

Las ventajas de aplicar estos instrumentos uniformes radican principalmente en su desconexión con las diferencias que presentan de los sistemas jurídicos que envuelven la ejecución del contrato. Esto quedó demostrado al analizar las figuras de fuerza mayor y excesiva onerosidad, en las jurisdicciones de Panamá y Chile (si las partes excluyen la aplicación de la CCIM).

En general, de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de Unidroit, nuestra elección de ley aplicable al caso expuesto sería la Convención de Viena 1980, al tratarse de un instrumento especializado en el contrato de compraventa internacional de mercaderías y de amplia aceptación al ser ratificado por 79 países y formar parte de su ordenamiento jurídico nacional. Uno de estos países es la República de Chile, por lo cual la aplicación de la CCIM sería inmediata al elegir esta legislación para resolver los conflictos que surjan del contrato.

De lo antes expuesto, es importante aclarar que con nuestra elección no se excluyen los Principios de Unidroit, ya que tal como se señala en su Preámbulo, pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Además debemos subrayar, que los PU son un conjunto de reglas que constituyen un arduo trabajo de redacción, al recoger las prácticas y usos más modernos del comercio internacional, mejorando incluso disposiciones de la Convención de Viena de 1980.

De igual manera, las partes por manifestación de voluntad siempre podrán acordar cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad bajo condiciones que mejor satisfagan sus intereses comerciales. En el contrato entre la empresa panameña y la empresa chilena, es recomendable regular a través de una cláusula los acontecimientos que hagan excesivamente oneroso el contrato, para así suplir la falta de norma expresa en la Convención de Viena de 1980 y evitar que los jueces o árbitros recurran a las legislaciones nacionales.

## CONCLUSIÓN

En esta Actividad Formativa Equivale a Tesis fueron analizadas la interpretación y aplicación de las figuras jurídicas de Fuerza Mayor y *Hardship*, en las legislaciones de Panamá y Chile y en la Convención de Viena de 1980 y los Principios de Unidroit, como normas aplicables al contrato comercial internacional.

Al momento de negociar un contrato internacional, se deben tener en cuenta las ventajas y desventajas que presentan cada una de estas normativas, a fin de definir cuál de ellas es la más conveniente de aplicar ante la ocurrencia de estas figuras jurídicas.

Como se ha podido observar en las legislaciones de Panamá y Chile, a pesar de que ambas siguen la corriente de la ley civil, existen diferencias conceptuales y de aplicación respecto a las instituciones de fuerza mayor y excesiva onerosidad que pueden dificultar la resolución de un conflicto que surja de un contrato internacional.

Una de estas diferencias corresponde a los distintos conceptos que tienen estas legislaciones sobre fuerza mayor, siendo en el caso de Panamá el caso

fortuito y la fuerza mayor figuras separadas, mientras tanto la legislación chilena se emplean estas figuras como expresiones similares.

Otro de los aspectos negativos que plantean estas legislaciones domésticas, es que las disposiciones que regulan la fuerza mayor y/o caso fortuito se encuentran dispersas en diversas partes del Código Civil y Código Comercial.

Mientras tanto, en la Convención de Viena de 1980 y en los Principios de Unidroit, sus redactores crearon un concepto propio de fuerza mayor, configurando en un sólo artículo su definición, efectos y otras obligaciones.

Adicionalmente, en la definición de fuerza mayor de las normas internacionales, también se hace referencia al concepto de impedimento, brindando la ventaja de que se incluye bajo un mismo término los acontecimientos de la naturaleza y los hechos del hombre.

En relación a los requisitos exigidos para que se configuren la fuerza mayor en el derecho uniforme internacional, se caracterizan por ser estrictos y objetivos al disponer que el impedimento sea fuera del control de la parte deudora y razonablemente imprevisible, inevitable e insuperable, manteniéndose al margen de la culpa.

En el derecho nacional, la parte deudora se exime de responsabilidad si demuestra que el caso fortuito o fuerza mayor, fue debido a una causa ajena a su voluntad, no imputable a la culpa, dolo o negligencia.

Por lo expuesto en esta actividad, se puede llegar a la conclusión de que las normas internacionales brindan mayor seguridad jurídica del cumplimiento del contrato, al hacer más difícil la prueba de la fuerza mayor, convirtiéndola en una figura realmente excepcional.

Ello es debido a la existencia en el ámbito internacional de una mayor exigencia en cuanto a la exoneración, en virtud de las características contractuales propias del área en que se desarrolla, en el cual impera la necesidad de una mayor certeza en el cumplimiento del contrato.

En cuanto a los efectos de la fuerza mayor, es importante destacar que en las legislaciones internacionales, se exonera al deudor de su responsabilidad en lo que respecta a la indemnización de perjuicios. En este sentido, la parte acreedora conserva un abanico de recursos jurídicos a los cuales puede recurrir, a fin de disminuir la carga del no cumplimiento de la obligación por la parte deudora, siempre que se reúnan los supuestos legales para que los mismos puedan ser ejercidos.

Por su parte, en las legislaciones nacionales de Panamá y Chile, salvo casos específicos establecidos por ley, los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito exoneran al deudor de la totalidad de la responsabilidad, por lo cual el acreedor no tendrá otra opción que soportar la carga del incumplimiento.

Además, la Convención de Viena y los Principios de Unidroit, imponen una obligación adicional al exigir la notificación del impedimento que hace imposible el cumplimiento del contrato, con el propósito de darle al acreedor la oportunidad de encontrar una solución que permita satisfacer sus intereses comerciales.

En relación a la figura de *Hardship*, su regulación no ha sido de general aceptación en las legislaciones nacionales como tampoco en las internacionales, principalmente por la estricta aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

En el caso de la legislación civil panameña, existen disposiciones expresas que reconocen esta institución bajo el concepto de “Excesiva Onerosidad”. Por otro lado, en la legislación chilena, no se encuentran normas sobre la aplicación Teoría de la Imprevisión (como es conocido por la doctrina chilena) a los contratos comerciales.

Lo antes expuesto no escapa de la realidad de las normas internacionales, ya que como pudo apreciarse en esta Actividad Formativa Equivalente a Tesis, el *hardship* sólo se encuentra regulado expresamente en los Principios de Unidroit. En la Convención de Viena de 1980, la aplicación del artículo 79 a las circunstancias que constituyen *hardship*, ha sido uno de los principales problemas discutidos dentro de la doctrina internacional, siendo aún un tema no resuelto ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Pero a pesar de que la legislación civil panameña y los Principios de Unidroit, establecen disposiciones que regulan la materia, los efectos en ambos textos jurídicos varían significativamente. En la legislación panameña, el principal efecto del *hardship* es la terminación del contrato; mientras que por el contrario, en los Principios de Unidroit es su renegociación, lo que permite a las partes mantener con vida la relación contractual.

Asimismo, es preciso recordar que de no encontrarse el interés de las partes contratantes reflejadas en las normas de estos documentos jurídicos, se podrá incluir en las negociaciones del contrato las cláusulas de fuerza mayor y/o *hardship*, adaptándolas a su voluntad.

Finalmente, hacemos hincapié en el valor que poseen los Principios de Unidroit y la Convención de Viena de 1980, como textos jurídicos uniformes que

regulan la contratación internacional, invitando a los juristas de Panamá y Chile a expandir el estudio de estos instrumentos legales, para que sean de mayor aplicación a los contratos internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. Documentales

- ABELIUK, René. Las Obligaciones. 3ª Ed. Chile, Jurídica de Chile, Tomo II, 1993, 700 p.
- COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93.
- CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Por Silva Barona Vilar "et al". 2ª ed. Valencia, 2ª. Ed. Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, 1094 p.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías". Viena. 1980.
- DE ESPANES, Luis Moisset. La Imprevisión en la legislación de América del Sur. En: BONNEL, M. JOACHIM "et al". Proyecto Unidroit "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" y la unidad y especificidad del sistema jurídico latinoamericano. Roma e América, Collana di studi giurudici Latinoamericani. Nº 9. Italia. Cedam, 1996, 356 p.
- GILL D., Gurziz Singh. 2000. La excepción al principio de fuerza de ley en el contrato o REBUS SIC STANTIBUS llamada doctrina de la imprevisión en el Derecho Civil. Revista NOVUM IUS, Vol. 14. pp. 26-53.
- DÖRR ZEGERS, Juan Carlos. 1985. Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión. Chile. Revista Chilena de Derecho. Vol. 12, Nº2. pp. 253-270.
- DOUDKO, Alexei G. Hardship in Contract: The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia. Uniform Law Review, NS. Vol. (V), 2000-2003, 483-507 p.
- FUEYO LANERI, Fernando. El Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. 2ª. Ed. Chile. Jurídica de Chile. 1991. 642 p.
- GARAY, Narciso. Lecciones de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Segunda parte. Panamá. 1987.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. Principios de Unidroit sobre Contratos Internacionales. 1994.
- KATSIVELA, Marel. 2007. Contract Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses? Uniform Law Review: 101-102.
- LARRAÍN RÍOS, Hernán. 2002. Teoría General de las Obligaciones. Chile. Lexis Nexis. 600 p.

- LÓPEZ BLANCO, José Luis. Compraventa Internacional de Mercaderías: Convención de Viena de 1980, Incoterms 200, normas sobre cartas de crédito. Santiago, Chile. Editorial Ace, 2001, 183 p.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Revisión de los contratos por Circunstancias Sobrevinientes. Chile. Universidad Central de Chile, 2003, 123 p.
- MADRID PARRA, Agustín. 2003. Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional. 2ª. Ed. España, Aranzadi, 2003, 411 p.
- PANAMÁ. Asamblea Nacional. 2008. Ley 55: Del Comercio Marítimo, 6 de agosto de 2008. 57 p.
- RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. Chile, Jurídica de Chile, 1999, 535 p.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 1992. La obligación como deber de conducta típica: (la imprevisión en Chile). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 336 p.
- SOTO NIETO, Francisco. El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación. España. Ediciones Nauta, 1965, 408 p.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás. 2000. La compraventa internacional de mercaderías: una visión jurisprudencial. Navarra: Aranzadi. 351 p.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo. Atribución y exoneración de la responsabilidad en la compraventa internacional: construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena. Valdivia, Chile. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, Nº 1, 2005, 55-88 p.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo. Incardinación de la responsabilidad por daños y el concepto de obligación en la compraventa internacional de mercaderías. Talca, Chile. Ius et praxis, Universidad de Talca. Año 11, Nº 2, 2005, 303-330 p.

## **B. Virtuales**

- BAASCH ANDERSEN, Camila. 2005. The Uniform International Sales Law and the Global Jurisconsultorium. [en línea]. Journal of Law and Commerce. <[http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen3.html#\\*](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen3.html#*)>. pp. 159-179.
- BARRY, Nicholas. 1984. Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. [en línea]. Juris Publishing. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>>. 5-24 p.
- BERGER, Klauss Peter. 2003. "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", [en línea]. 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1347,

1352 (Oct. 2003). <<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/index.aspx>>. pp. 1348-1371.

- BONELL, Michael Joachim. 1996. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? [en línea]. Uniform Law Review. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>> pp. 229-246.
- BONNECASE, Julien. 2002. Tratado Elemental de Derecho Civil. México. Editorial Mexicana. 1048 p.
- BUND, Jennifer M. 1998. Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner. [en línea]. Reproduced with permission of Journal of Law and Commerce. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>>. pp. 381-413.
- DATE-BAH, Samuel k., in Bianca-Bonell. 1987. Article 27. [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/date-bah-bb27.html>>. s.p.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. 1998. Armonización, Normativa y Régimen Jurídico de los Contratos Mercantiles Internacionales. Publicado en Diritto del Comercio Internazionali, Vol. 12, N°4. [en línea] <<http://eprints.ucm.es/6901/1/ARMONCONTRINTNALES1997.pdf>>. pp. 859-893.
- ENDERLEIN, F. and MASKOW D. 1992. International Sales Law United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the limitation period in the International Sale of Goods. [en línea]. Oceana Publications. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art79>>. pp. 319-335.
- FLAMBOURAS, Dionysios. 2001. The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus. [en línea]. Pace International Law Review. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html#iib>>. pp. 261-293.
- FLAMBOURAS, Dionysios. 2002. Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108. Editorial Remarks. [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>>
- FLECHTNER, Harry M. 1998. The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1). [en línea]. Journal of Law and Commerce. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>>. pp. 187-217.
- FUCCI, Frederick R., 2006. Hardship and Change of Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-performance of Contracts. [en línea].

Thelen Reid & Priest LLP.  
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>. s.p.

- GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. 2002. El Ámbito de Aplicación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Texto de la ponencia presentada por el autor dentro del marco del Congreso Internacional de Derecho mercantil). [en línea]. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera.html>>.
- GARRO, Alejandro. 1985. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. [en línea]. Argentina. Publicado en Revista La Ley. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gar1.html#cap1>>. s.p.
- GARRO, Alejandro. 2005. Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles. Editorial Remarks. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html#g7>>. s.p.
- GOTANDA, John Y. 2003. "Renegotiation and Adaptation: Clauses in Investment Contracts", [en línea]. 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law. <<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/index.aspx>>. pp. 1461-1472.
- GROB DUHALDE, Francisco José. 2011. La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980. [en línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXVI). <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100001&script=sci_arttext)>. pp. 37-67.
- HELLNER, Jan. 1986. The Vienna Convention and Standard Form Contracts. [en línea]. Reproduced with permission of Oceana Publications. Petar Sarcevic & Paul Volken eds. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hellner.html#ix>>. pp. 335-360.
- HONNOLD, John O., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (1999). [en línea] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho79.html>>. pp. 472-495.
- KESSEDJIAN, Catherine. 2005. Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. [en línea]. Reproduced from International Review of Law and Economics. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html>>. pp. 417-433.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. Los Principios Unidroit: un código internacional de los contratos mercantiles. [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/25/dtr/dtr2.pdf>> pp. 42-70.

- LIU, Chengwei. 2005. Force Majeure, Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. 2nd edition. [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>>
- LOOKOFSKY, Joseph. 2005. Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html#iii>>. pp. 434-445.
- Página en Web UNCITRAL. Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las ONU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Disposiciones sobre Exoneración. 2004. <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/556/15/PDF/V0455615.pdf?OpenElement>>.
- PERALES VISCASILLAS. M<sup>a</sup> del Pilar. 2002. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980). Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>>.
- KESSEDJIAN, Catherine. 2005. Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. [en línea]. International Review of Law and Economics. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html>>. pp. 641-670.
- RIMKE, Joern. 1999. Force Majeure and hardship: Application in international trade practice - with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. [en línea] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>>. pp. 197-243.
- SCHLECHTRIEM, Peter. Uniform Sales Law - The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna: 1986. Published by Manz.pág.101-104. [en línea]. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>>. pp. 5-116.
- TALLON, in Bianca-Bonell. Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987). [en línea] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>. pp. 572-595.
- UNILEX. Official Comments of the UNIDROIT Principles (article 7.1.7). [en línea]. <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>.