

CIERC

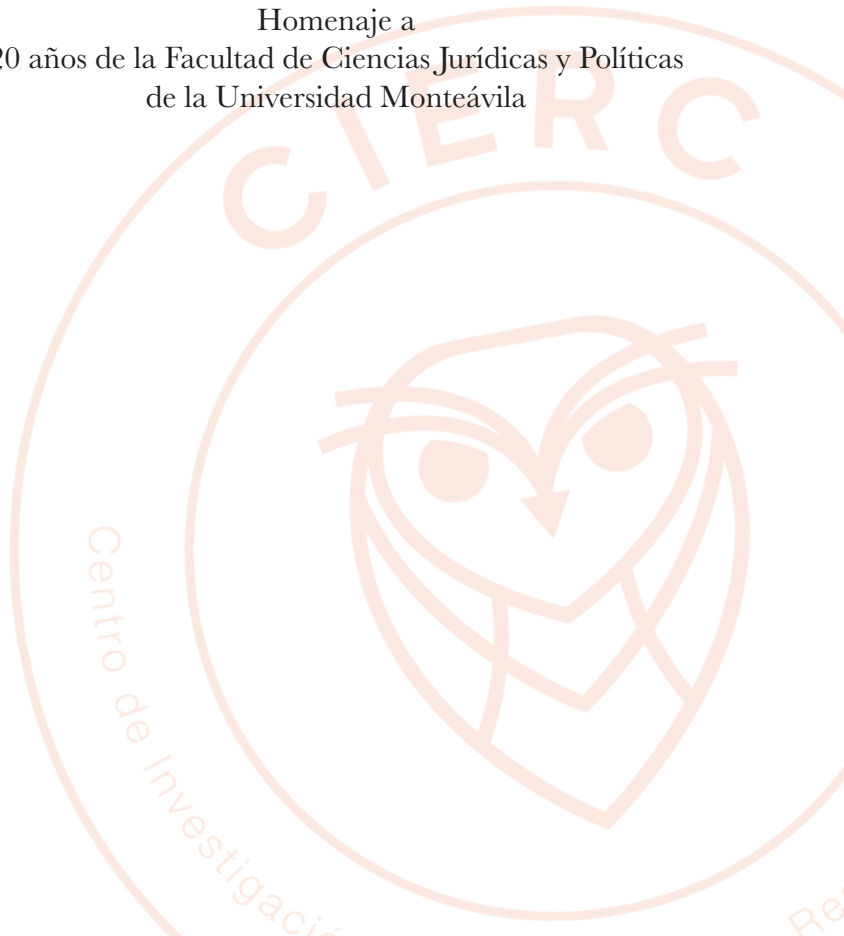
Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 3 - 2020

Homenaje a
20 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila

No. 3-2020

Principia No. 3-2020
Hecho en Depósito de Ley: MI2020000295
ISSN:
Caracas, Venezuela
Principia es una Revista de publicación semestral



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.uma.edu.ve

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Ramon Escovar Alvarado

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Director

Caterina Jordan Procopio

Coordinador Consejo Editorial

Diego Castagnino

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO EDITORIAL

Carlos Soto Coaguila

Harout Samra

Mario Bariona Grassi

Adriana Vaamonde Marcano

Carmine Pascuzzo S

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Caricles Bolet

Rodrigo Farías Díaz

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY: MI2020000295

ISSN:

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Con gran satisfacción, y una nueva imagen, nos enorgullece presentarles el tercer número de la revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila. Una edición dedicada a la enseñanza en el Derecho y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila (FCJP).

A lo largo de sus 20 años, la FCJP ha logrado crecer superando grandes obstáculos y retos en su camino. Con dos decanos tan insignes como lo fue el Dr. Aristides Rengel-Romberg y actualmente el Dr. Eugenio Hernández-Bretón, la FCJP ha buscado mantener una ejemplar enseñanza del Derecho, lo cual le transmite a cada uno de sus alumnos.

Este año la FCJP, y todas las instituciones de educación en general, están atravesando tiempos sin precedentes. La educación se ha visto en la necesidad de migrar a una educación no presencial de forma abrupta. Ha sido una enorme labor la que ha tenido la comunidad de la FCJP, incluidos alumnos, profesores y autoridades. No ha sido una tarea fácil, pero, a pesar de la dificultad, la FCJP puede estar orgullosa de sus alumnos, que han buscado la manera de adaptarse y seguir aprendiendo, aprovechando al máximo los recursos disponibles, cosa que celebramos desde *Principia*.

En honor a la FCJP, en esta entrega contamos con una espléndida entrevista al Dr. Carlos García Soto, quien, como egresado, profesor y ex autoridad de la FCJP, nos cuenta cómo ha sido su evolución a lo largo de estos 20 años.

Las contribuciones académicas también fomentan la enseñanza en el Derecho. En el caso de *Principia* y el CIERC, estamos comprometidos con la enseñanza de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias (MARC). Es por eso que en esta edición contamos con valiosos trabajos de destacados autores.

En esta oportunidad contamos con artículos que reflejan la realidad actual de los MARC. Este es el caso de las contribuciones del Dr. Fred Aarons, el Profesor Luis Ernesto Rodríguez y el

Profesor Gilberto Guerrero-Rocca, quienes discuten temas relevantes bajo la era del COVID-19.

Además, contamos con importantes y novedosos análisis en materia de los MARC de la mano del Profesor Antonio Briguglio, nuestro autor invitado de Italia, de Rafael J. Centeno y de la coautoría de Luis Sorondo y Anthony Muñoz.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás colaboradores que hacen que *Principia* sea posible.

Esperamos que con esta edición estemos logrando enriquecer la enseñanza y el conocimiento en los MARCs y el Derecho

¡Nos vemos en el No. 4!

Magdalena Maninat Lizarraga

Contenido

20 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Entrevista del Director del CIERC al Profesor Carlos García Soto pág 11

La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia

Fred Aarons P. pág 15

The (long) growth crisis of International Commercial Arbitration

Antonio Briguglio pág 38

El Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos aplicado a las controversias surgidas en el ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual

Rafael J. Centeno pág 51

La CISG en Arbitrajes Internacionales en la era del COVID-19 y en situaciones de fuerza mayor o excesiva onerosidad

Gilberto A. Guerrero-Rocca pág 74

El reconocimiento de la legitimidad para ejercer la representación de un Estado en procesos arbitrales y judiciales. Caso: Venezuela

Anthony Muñoz Ponce y Luis Felipe Sorondo pág 88

Principios y estándares en el renovado mundo de la solución de controversias por medios electrónicos (ODR). Instrumentos de Derecho transnacional

Luis Ernesto Rodríguez Carrera pág 112

Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un Arbitraje Comercial

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias pág 144

Normas Editoriales de Principia

pág 148

La CISG en Arbitrajes Internacionales en la era del COVID-19 y en situaciones de fuerza mayor o excesiva onerosidad

Gilberto A. Guerrero-Rocca*

Resumen: La CISG ofrece diversos incentivos para solicitar su aplicación en arbitrajes internacionales, dado el catálogo extenso de remedios contractuales y defensas orientadas a obtener exoneración de responsabilidad contractual. Si se le compara con el derecho interno, la CISG es un instrumento más adecuado para resolver disputas contractuales internacionales; aunado a la ganada percepción de que ofrece alternativas de reparación contractual que zanján las diferencias previstas en el derecho civil o continental y el consuetudinario o anglosajón. Adicionalmente, la CISG es percibida como un código de derecho contractual que suple las lagunas contractuales y auxilia en la interpretación contractual. Sin embargo, debe advertirse que el crecimiento en la incorporación de cláusulas de arbitraje internacional contrasta con la práctica contractual extendida de excluir la aplicación de la CISG en algunos países. Afortunadamente, podemos afirmar que el arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ en la aplicación de la CISG, como lo demuestran los resultados de investigaciones empíricas que reflejan una marcada preferencia de los paneles arbitrales por aplicar sus disposiciones de manera frecuente en disputas comerciales. La aplicación de la CISG obtiene todavía mayor importancia en disputas contractuales en las que no se hayan pactado cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, o en situaciones donde el derecho nacional aplicable carezca de una clara o conveniente disposición, agravado por contingencias como la pandemia del COVID-19, donde el cumplimiento original de las obligaciones se hace imposible o muy oneroso, debido a circunstancias imprevisibles o fuera del control de las partes. Inclusive, los incentivos para solicitar la aplicación de la CISG podrían persistir aun habiéndose pactado cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, dado que los precedentes de casos similares, resueltos con ese

* Stanford University (Stanford, USA), JSM (Dissertation honors). Universidad Francisco de Vitoria-ICAM (Madrid, España), Máster en Derecho de los Negocios. Fundador y Ex Jefe de la Cátedra de Arbitraje, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Florida International University College of Law, Professor y LL.M. Program Director (Miami, Florida). Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), Abogado Summa Cum Laude, y Especialista en Derecho Administrativo. WDA Legal, Socio, Práctica de Arbitraje Internacional. Florida Bar, Certified Foreign-Legal Consultant. Gilberto.Guerrero@wdalegal.com

instrumento, ofrecen una guía sobre la interpretación y aplicación de esas cláusulas. Conviene ponderar también la aplicación de algunos instrumentos de soft-law como los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales (“PICC”) y los Principios del Derecho Contractual Europeo (“PECL”), útiles para suplir lagunas contractuales y complementar la interpretación de la CISG.

Abstract: The incentive for parties to argue for the CISG’s application in arbitral proceedings stems from its broad-reaching list of remedies and defenses. The CISG is more suitable (when compared with domestic law) for settling international disputes; and by the perception that the CISG is a compromise between common-law and civil-law jurisdictions regarding how parties are granted relief. Moreover, the CISG is also perceived as a contract law code, which offers a series of default rules to fill in gaps in contracts and to assist in the interpretation of contracts. Nevertheless, while the CISG has increasingly become an *opt-out* instrument in practice, and an *opt-in* agreement in international arbitration, the interaction between them has led to the rescue of the former. Data collected by empirical research shows that international arbitral tribunals tend to apply the CISG without hesitation and have spread its application to settle trade-related disputes according to its remedies, defenses, and exemptions from liability. In the absence of force majeure and hardship clauses or due to the lack of domestic law prescribing such exemptions from liability, the applicability of the CISG becomes paramount for the prospect of many claims, but it has become even more important in the current era of the COVID-19 pandemic, where the performance of many contractual obligations and undertakings could be deemed as *impossible, impractical* or *unreasonably onerous* based upon the occurrence of *unforeseen* circumstances or events *beyond the control* of the parties. Its relevance could also come into play in contract disputes where parties have agreed on force majeure and hardship clauses, since CISG-related case would provide guidelines on the clauses’ interpretation and application. Both UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (“PICC”) and the Principles of European Contract Law (“PECL”), albeit soft law, must be used as gap-fillers and are an invaluable supplemental source for the interpretation of the CISG.

Palabras Claves: CISG. Arbitraje Internacional. COVID-19. Fuerza mayor. Penuria. No signatarios.

Keywords: CISG. International Arbitration. COVID-19. Force majeure. Hardship. Non-signatories.

Sumario: I. Introducción, II. Problemas prácticos vinculados a la aplicabilidad de la CISG, III. Incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales, IV. La CISG en disputas generadas a partir del COVID-19 y situaciones de fuerza mayor y excesiva onerosidad, V. Conclusiones

I. Introducción

En 2020 se conmemora el cuarenta aniversario¹ de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (mejor conocida por sus siglas en inglés, CISG en lo sucesivo), y con ese propósito se organizaron diversos seminarios y congresos² que fueron postergados por la pandemia del COVID-19.

Múltiples son las ventajas que se le reconocen a la CISG en beneficio del desarrollo de la práctica del comercio internacional. Destaca la ‘armonización’ entre las soluciones o ‘remedios’ contractuales del sistema de derecho civil o continental y las contempladas por el derecho anglosajón o de *common law* y, particularmente, al ‘zanjar’ la disparidad que existe tradicionalmente entre la disyuntiva de ordenar la compensación dineraria de daños *vs.* la orden de cumplimiento específico y la readaptación del contrato³. También que la CISG es

percibida como un ‘código de derecho contractual’ (abierto a los Estados contratantes) que contiene reglas que suplen omisiones contractuales frecuentes, y que también ayudan en la interpretación de cláusulas contractuales⁴.

Sin embargo, la CISG alcanza sus cuarenta años experimentando una creciente exclusión contractual por actores comerciales de países con grandes economías que logran imponer a la otra contratante la aplicación de legislaciones locales que les son más próximas o favorables. En ese sentido, el arbitraje internacional ha servido de espacio para ‘rescatar’ la aplicación cotidiana de la CISG, dada la mayoritaria inclinación de los árbitros internacionales por aplicarla al momento de decidir disputas de diversa índole, muchas incluso bajo circunstancias de fuerza mayor o excesiva onerosidad, habiéndose -pactado o no- cláusulas específicas sobre el particular.

¹ La Convención quedó abierta para su adopción en Viena, 11 de abril de 1980.

² La Universidad Carlos III de Madrid había organizado un Congreso conmemorativo para abril, 2020.

³ Díez-Picazo, Luis, et al, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Navarra: Aranzadi, 1998).

⁴ Janssen A.U. and Spilker Matthias, “The CISG and International Arbitration” en *International Sales Law: A Global Challenge*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014). 135-153.

Existen diversos incentivos para invocar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales, sobre todo cuando el contrato bajo disputa no contempla cláusulas específicas para resolver eventos o circunstancias fuera del control de las partes o impredecibles (*force-majeure*) que hacen imposible el cumplimiento contractual original, o cuya ocurrencia quiebra el equilibrio económico del contrato al disparar una excesiva onerosidad para el cumplimiento original de las obligaciones (*hardship*).

Este trabajo analiza la dinámica y efecto práctico entre la CISG, arbitraje internacional, fuerza mayor y excesiva onerosidad, lo que cobra mayor relevancia en la era del COVID-19.

II. Problemas prácticos vinculados a la aplicabilidad de la CISG

Aunque la CISG cuenta con 93 Estados miembros⁵, los escenarios que originan un debate sobre su aplicabilidad no se limitan exclusivamente a su ámbito material, también incluyen discusiones sobre la interpretación que debe dársele al resultado que arrojan las normas de conflicto de derecho internacional privado.

Para ilustrar este punto procederemos a realizar un breve estudio de caso vinculado a un arbitraje internacional reciente, en el que tuvimos oportunidad de participar como abogado de parte, guardando por supuesto las cautelas propias que impone la confidencialidad y reglas deontológicas.

En marzo 2020, un panel arbitral internacional con sede en Copenhague regido por el Reglamento del Instituto Danés de Arbitraje emitió un laudo en favor de una demandante latinoamericana (el ‘comprador’) contra un gigante europeo (el ‘vendedor’), con relación a una disputa comercial originada a partir de una compraventa internacional de maquinaria industrial. El laudo arbitral resulta de interés porque, entre varios puntos controvertidos de derecho, resolvió que la CISG también es aplicable para resolver disputas que involucren partes contratantes que provengan de un país que no sea signatario⁶ o contratante de ese importante instrumento internacional.

La aplicación material de la CISG resultó fundamental en la resolución de la disputa, dado que el tribunal arbitral al momento de estimar la demanda acordó

⁵ Naciones Unidas, Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (11 de abril de 1980) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en

⁶ Por ejemplo, países con grandes volúmenes de comercio como el Reino Unido, India, Suráfrica y Nigeria **no** son Estados Contratantes de la CISG.

un mecanismo o solución (*remedies*) allí establecido. La Convención, a diferencia de la legislación local, establece un catálogo más amplio de soluciones o vías legales de entidad contractual -en situaciones de incumplimiento- que están mejor ajustados a las transacciones en el marco del comercio internacional.

El laudo arbitral bajo análisis acordó la compensación de los comparadores ordenando el reembolso del precio y el pago de intereses⁷ de conformidad con lo previsto en el artículo 84(1) de la CISG. El tribunal arbitral determinó que la Convención era la ley aplicable porque las partes habían estipulado en el contrato la sumisión a la legislación local de un Estado Miembro de la Convención. Así, la decisión arbitral concluyó que la sola sumisión -sin reservas- al ordenamiento jurídico de un país que había incorporado la CISG⁸, justificaba su aplicación a plenitud, aunque alguna de las partes contratantes provenga de otro país que no lo es.

Vale destacar también que en el procedimiento arbitral bajo comentario, el ‘vendedor’ (demandado) argumentó en su defensa que la CISG no resultaba aplicable por dos razones: (a) que si se

tomaba en cuenta que el país de los ‘compradores’ no es parte signataria de la Convención, resultaba palmario que los demandantes no contemplaron -ni era su intención- someterse a sus disposiciones al momento de suscribir el contrato con los ‘vendedores’ (demandados); y (b) que no existe fundamento para sostener con certeza que la CISG es o fue seleccionada o incorporada al contrato de compraventa.

De manera contraria, la accionante (‘compradora’) replicó destacando que la demandada (‘vendedora’) estaba constituida y domiciliada en un Estado Contratante de la Convención, y que, habiéndose pactado su legislación sin reservas, aquella aplicaba en todo lo que no estuviera previsto por la segunda. Adicionalmente, que debía entenderse que cuando las partes elijen la legislación nacional de un Estado Contratante de la CISG, en ausencia de cualquier otra especificación, declaración o reserva, tal Convención exige aplicación preferente en los procedimientos de arbitraje internacional de conformidad con lo previsto en el Artículo 1(1)(b) de la CISG. En el laudo definitivo, esa fue la

⁷ Sobre la disyuntiva en reconocer intereses simples o compuestos en los arbitrajes internacionales, léase Gotanda, John Y. “Compound Interest in International Disputes.” *Law & Pol’y Int’l Bus.* 34 (2002): 393

⁸ Vid. Laudo dictado en el Arbitraje CCI No. 6653, (1993). El contrato estipulaba la ley francesa. El tribunal arbitral concluyó que el contrato estaba sometido a la CISG, por haberse pactado la sumisión a la ley francesa y Francia había ratificado la Convención previo a la celebración del contrato.

posición que finalmente prevaleció, dando la razón a la reclamante.

La solución adoptada por el laudo arbitral bajo análisis respondió a un escenario fáctico que se ha vuelto poco frecuente en la actualidad, esto es, que se declare la aplicación de la CISG para un caso donde alguna de las partes contratantes proviene de un país que no es signatario o parte de la aludida Convención, y a partir del exclusivo y único efecto de haberse seleccionado el ordenamiento jurídico de un país que sí lo es. En otras palabras, se trata de un supuesto ‘indirecto’ de aplicación de la CISG como consecuencia de la estipulación contractual –sin reservas– a la legislación de un país signatario de la CISG o como consecuencia de la determinación que de esa misma legislación local hagan las normas de conflicto de derecho internacional privado.

Varios motivos explican esa infrecuente situación en la actualidad: (i) la CISG ha sido suscrita y ratificada por un gran número de países, con lo cual, su

aplicación en arbitrajes internacionales o litigios nacionales –si incluyen contratantes de esos países⁹– deviene, en principio, indiscutible¹⁰; (ii) actualmente, muchos contratantes (en general) y comerciantes (en particular) están optando por *excluir* expresamente la aplicación de la CISG, provengan o no de Estados Contratantes de esa Convención (exclusión ‘*opt-out*’), lo cual es permisible de acuerdo a su Artículo 6¹¹, dada la prevalencia de la *autonomía de la voluntad* de las partes; y (iii) algunos países miembros de la CISG, con grandes economías y volúmenes de comercio, han declarado¹² que no estarán sometidos a esa opción ‘indirecta’ de aplicación de la Convención (EEUU, China, Alemania, Singapur, entre otros)¹³. Esa opción ‘indirecta’ se encuentra contenida en el Artículo 1(1)(b) de CISG¹⁴, por la cual su aplicación material se extiende a situaciones –similares a la del laudo analizado– donde la mera sumisión a la legislación de un país que sea Estado Contratante es suficiente para la aplicación de la CISG, o

⁹ Art. 1 CISG: “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.*” Esta es la situación más frecuente.

¹⁰ Vid. *Supra* nota al pie 10.

¹¹ Art. 6 CISG: “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.*”

¹² Wethmar-Lemmer, Marlene. “Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1)(b) and 95 of the CISG - Analyzing CISG Advisory Council Opinion 15” *De Jure* 49.1 (2016): 58-73.

¹³ Alemania, China, EE. UU., Eslovenia, República Checa, San Vicente y las Granadinas, y Singapur.

¹⁴ Art. 1 CISG: “1) *La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: (...) b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.*”

que similar sumisión a una legislación local (de país signatario de la CISG) resulte de las normas de conflicto de leyes, propias del derecho internacional privado¹⁵. Esa declaración estatal trae entonces consigo un ‘bloqueo’ a la posibilidad de aplicación ‘indirecta’ de la Convención.

En definitiva, la aplicación o no de la CISG a una disputa concreta se desprende de tres escenarios: (i) la “opción directa” conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, por la incorporación de la Convención al contrato; (ii) la “opción indirecta” cuando las partes se limitan solo a seleccionar (sin reservas) la legislación de un país que sí es Estado Contratante de la Convención – como en el laudo bajo análisis- y que además, ese país no ha hecho la declaración de exclusión a esta “opción indirecta,” a que se refiere el Artículo 95 de la CISG (antes aludida). Se llega también a este resultado (“opción indirecta”) a través de las normas de conflicto de derecho internacional privado y, finalmente (iii) la opción contractual de exclusión expresa (“*opt-out*”), cuando las partes contratantes prefieren no someterse a las

disposiciones de la CISG¹⁶, y con ello bloquean su aplicación por cualquiera de las potenciales vías posibles (por la voluntad de los árbitros; la legislación local designada; o en virtud de las normas de conflicto de derecho internacional privado).

A pesar de la aparente popularidad entre comerciantes y empresas de la opción de exclusión expresa (“*opt-out*”) a la Convención (en países que son parte) en los contratos internacionales; afortunadamente, los resultados de algunas investigaciones académicas arrojan una tendencia mayoritaria en pro de su aplicación por parte de tribunales arbitrales internacionales¹⁷. Esos estudios evidencian también el empleo frecuente de las soluciones o vías legales (*remedies*) previstos para los incumplimientos, y la adopción de los supuestos de exoneración de responsabilidad contractual, todos contenidos en la CISG¹⁸.

III. Incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales

Dado que el arbitraje internacional es un mecanismo alternativo a la vía judicial, pero de carácter contencioso (*adversa-*

¹⁵ Declaración prevista para los Estados Contratantes en el Artículo 95 de la CISG.

¹⁶ Janssen A.U. and Spilker Matthias, *supra* nota al pie 4.

¹⁷ Mistelis, Loukas, “CISG and Arbitration” en *CISG Methodology* (ed. A. Janssen and O. Meyer) (Munich: Sellier European Law Publishers, 2009), 375-395.

¹⁸ Kröll, Stefan, Loukas A. Mistelis, and Pilar Perales Viscasillas, eds. “UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods” (CISG: a commentary) (Second edition), 2018)

rial) y de heterocomposición procesal, la aplicación frecuente de la CISG en los laudos arbitrales internacionales no solo obedece a la inclinación de los árbitros, sino también a las peticiones de los litigantes que fundamentan sus pretensiones de compensación (ante incumplimientos), o defensas de exoneración (de responsabilidad), conforme a sus normas.

De hecho, los incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales reposa en su generoso catálogo de soluciones o vías legales (*remedies*), y supuestos de exoneración de responsabilidad contractual (*exemption from liability*), considerados más adecuados para resolver disputas comerciales en el ámbito internacional, en comparación con las soluciones que aportan las múltiples, innumerables –y en ocasiones impredecibles– legislaciones locales¹⁹, incluso sometidas a variaciones jurisprudenciales nacionales.

Incluso, otro incentivo que ofrecen las disposiciones de la CISG es el éxito que sus redactores han obtenido al generar una percepción global de sana ‘armonización’ entre las soluciones o

mecanismos contractuales propios del sistema de derecho civil o continental (de raíz romano-germánica) y las contempladas por el derecho anglosajón o de *common-law* y, particularmente, al ‘zanjar’ la disparidad que existe respecto al tipo de solución aplicable (i.e. tradicionalmente, la disyuntiva entre ordenar la compensación dineraria de daños *vs.* la orden de cumplimiento específico)²⁰.

En la misma línea, la ventaja que la CISG es percibida como un ‘código de derecho contractual’ (abierto a los contratantes) que contiene reglas que suplen omisiones contractuales frecuentes, y que también ayudan en la interpretación de cláusulas contractuales²¹.

Sin embargo, debe advertirse (sin desmeritar lo anterior) que algunos autores han hecho la salvedad que la CISG no resuelve ‘todos’ los problemas y que todavía, en algunos casos específicos, la legislación local puede ofrecer un papel relevante, incluso en disputas internacionales. Asimismo, que algunos instrumentos de la nueva *lex mercatoria* o *soft law* como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Princi-

¹⁹ Vid. Entre otros, Ferrari, Franco en “The Interaction between the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies” (Rescission for Mistake and Remedies in Tort Law)” *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law H. 1* (2007): 52-80

²⁰ Díez-Picazo, *supra* nota al pie 3.

²¹ Janssen A.U. and Spilker Matthias., *supra* nota al pie 4, p. 142.

prios UNIDROIT”), y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“Principios Europeos”), resultan fundamentales para suplir lagunas de la CISG, o para ofrecer asistencia en su interpretación²².

IV. La CISG en disputas generadas a partir del COVID-19 y situaciones de fuerza mayor y excesiva onerosidad

Resulta útil observar la interacción entre la CISG y el arbitraje internacional porque conviven de manera cotidiana a pesar de una aparente asimetría en su popularidad²³. Por una parte, se percibe el declive en la adopción contractual de la CISG, y su frecuente exclusión por contratantes de países signatarios; mientras que el arbitraje internacional vive como nunca un proceso de expansión catapultado por su estipulación contractual frecuente. En ese sentido, podríamos decir que el arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ de la Convención, si observamos su aplica-

ción preferente por los paneles arbitrales²⁴. De hecho, data empírica demuestra una tendencia²⁵ marcada en los tribunales arbitrales por acogerla (como derecho aplicable), y con ello resolver disputas a través de las soluciones, vías legales y exoneraciones de responsabilidad que ella contiene.

Cada vez que ocurren eventos inesperados o excepcionales que impactan el cumplimiento contractual a escala, resulta natural que resurjan discusiones respecto a los principios universales de derecho contractual como *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Clásicamente, la lista de eventos infortunados estaba limitada a desastres naturales (“*acts of God*”) como los incendios, terremotos, inundaciones, entre otros. No fue sino hasta el siglo pasado cuando la lista fue engrosada con hechos generados a partir de decisiones u omisiones humanas.

La jurisprudencia y la doctrina²⁶ empezaron a reconocer que otras situaciones

²² Ferrari, Franco, *supra* nota al pie 19. Perales Viscasillas, Pilar “The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-Filling of CISG,” en *CISG Methodology* (ed. A. Janssen and O. Meyer) Munich: Sellier European Law Publishers, 2009), 287-317. Schwenger, Ingeborg. “Interpretation and Gap-Filling under the CISG” (2014): 109-118. en Schwenger, I., Atamer, Y. M., & Butler, P. (2014). *Current Issues in the CISG and Arbitration*. Eleven International Publishing.

²³ Janssen A.U and Spilker Matthias., *supra* nota al pie 4.

²⁴ Mistelis, Loukas. *supra* nota al pie 17, y The Institute of International Commercial Law, CISG database.

²⁵ Kroll, Stefan. “Arbitration and the CISG” *Current Issues in the CISG and Arbitration*. (Hague: Eleven International Publishing, 2014)

²⁶ Fontaine, Marcel “The Evolution of the Rules on Hardship, From the First Study on Hardship Clauses to the Enactment of Specific Rules” en. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*. (Kluwer Law International BV, 2019.)

-no solo limitadas a desastres naturales- también podían generar que el cumplimiento contractual original se hiciera *imposible o excesivamente oneroso*²⁷. Situaciones como la cancelación en Londres (1902) de la procesión para la coronación del rey Eduardo VII (“las demandas de la coronación”); la dramática inflación (1923) en Alemania; la gran depresión (1929) en EE. UU.; el cierre del Canal de Suez (1956); la reunificación de Alemania (1990); los ataques terroristas del 9/11 en EE. UU. y, actualmente la pandemia del COVID-19, ilustran la discusión.

En ausencia de estipulación contractual de cláusulas de ‘fuerza mayor’ (*force majeure*) y ‘onerosidad excesiva’ (*hardship*)²⁸, o en caso que la legislación

nacional relevante a la disputa no sea eficiente o clara para reconocer esas figuras -incluso la jurisprudencia local que la interpreta-, salta a la vista la utilidad práctica de invocar la aplicación de la CISG²⁹, para aquellas defensas que se opongan en arbitrajes internacionales donde el cumplimiento contractual original se ha vuelto *imposible o excesivamente oneroso* (rompiendo el equilibrio económico del contrato), a partir de circunstancias o eventos *imprevisibles* o que están *fuera del control* de las partes.

Incluso, la CISG cobra relevancia también en aquellas disputas donde las partes sí hayan pactado cláusulas de fuerza mayor (*force majeure*)³⁰ y onerosidad excesiva (*hardship*), por la

²⁷ Para un análisis exhaustivo, didáctico y esclarecedor léase a Pinto Oliveros, Sheraldine “Contrato Plurilateral, Joint Venture, Contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor. Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista.” Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nro. 13, 2020, pp. 701-727.

²⁸ La Cámara de Comercio Internacional (CCI) acaba de ofrecer la más reciente versión de sus cláusulas modelo de fuerza mayor y onerosidad excesiva, marzo 2020.

²⁹ A falta de una cláusula de fuerza mayor que incluya una “pandemia” como el COVID-19, la legislación de algunos países ofrece diversas figuras de exoneración de responsabilidad, tales como la doctrina -de common law- frustration (Reino Unido, y en algunos Estados de EE. UU. como Nueva York, Texas, entre otros), *impossibility* e *impracticability* (Uniform Commercial Code, The Restatement Second of the Law of Contracts, para EE. UU.). Vale destacar que *impracticability*, a diferencia de *impossibility*, exige un estándar menor porque no supone que el incumplimiento se haya hecho imposible, sino muy oneroso.

³⁰ Dentro de las ventajas que ofrece la Cláusula de Fuerza Mayor de la ICC, es que ella pretende alcanzar un equilibrio entre los requisitos generales de la fuerza mayor, los que deben verificarse en todos los casos donde se aspire su invocación, así como la descripción de los hechos que presuntamente quedaron fuera del control de las partes y que no pudieron ser previsibles en la oportunidad de la celebración del contrato. Corolario de lo anterior, la Cláusula de Fuerza Mayor de la ICC además de definir la ‘fuerza mayor’, contempla un catálogo de eventos denominados de fuerza mayor que se suponen cumplen con las exigencias para ser considerados dentro de esa categoría, los cuales -se sugiere- deben ser examinados -para su inclusión o no- por las partes a fin de que los ajusten a sus necesidades o conveniencias. Por tanto, el resultado inmediato y fundamental de la invocación exitosa de la fuerza mayor, justamente, es el relevo de la parte -que se sirva de ella- de cumplir con la obligación u obligaciones pactadas y de la consecuente responsabilidad por los daños y perjuicios

existencia de diversos precedentes jurisprudenciales y laudos arbitrales³¹ internacionales dictados a partir de esa Convención, ofreciendo así una invalorable orientación sobre la interpretación y aplicación de aquellas cláusulas³². En este mismo sentido, vale destacar que afortunadamente los precedentes a partir de laudos arbitrales internacionales se precian de mantener una interpretación y aplicación uniforme de la Convención³³, lo que redundará en generar certidumbre y seguridad jurídica.

Sin embargo, es justo advertir que la elaboración de una argumentación de defensa basada *exclusivamente* en la CISG, para obtener exoneración contractual –invocando fuerza mayor o excesiva onerosidad– en cualquier arbitraje internacional, puede ser riesgoso. De hecho, todavía existe una porción escasa de la doctrina que niega que el Artículo 79 de la Convención abarque supuestos de exoneración de fuerza mayor y onerosidad excesiva.

Afortunadamente, la mayoría de los autores y laudos arbitrales³⁴ se inclinan por reconocerlas incluidas, pero dejando espacio para la especulación sobre qué supuestos bastan para satisfacer las figuras y cuáles son las soluciones o vías legales (*remedies*) más apropiados (*e.g.* adaptación del contrato, obligación de renegociar *vs.* terminación del contrato y pago de daños)³⁵.

Vale destacar, aunque muy brevemente, la diferenciación entre ambos supuestos de exoneración de responsabilidad contractual. Para muchos laudos arbitrales la fuerza mayor se vincula a circunstancias que hacen *imposible* el cumplimiento de las obligaciones en la forma y modo originalmente pactado; y que la onerosidad excesiva puede admitir ese cumplimiento, pero solo a través de soportar un costo o sacrificio patrimonial de suficiente entidad, generando

³¹ Perales Viscasillas, Pilar and David Ramos Muñoz, “CISG & Arbitration,” *Spain Arbitration Review*, no. 10 (2011): 63-84.

³² Bortolotti, Fabio and Dorothy Ufot. eds. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World.* (Kluwer Law International BV, 2019)

³³ Brunner, Christoph, and Benjamin Gottlieb. *Commentary on the UN Sales Law (CISG).* (Kluwer Law International, 2019).

³⁴ Decisiva resulta la Opinión No. 7 del Consejo Consultivo de la CISG AC (point 3.1), publicado en 2008. En 2009, la Corte de Casación belga fue uno de los primeros tribunales nacionales en seguir esa Opinión (caso ‘venta de tubos de acero’). A favor, léase por ejemplo Laudo final en el caso Nro. 19149 de la CCI (Boletín 2015, Nro. 2).

³⁵ Schwenger, Ingeborg. “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts” (*Victoria U. Wellington L. Rev.* 39 2008): 709.

el quiebre del equilibrio económico del contrato³⁶.

Finalmente, se debe insistir que tanto los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, a pesar de ser *soft law*, pueden emplearse para llenar lagunas y fungen como fuente supletoria valiosa de interpretación a la CISG.

V. Conclusiones

1. Dada las ventajas que ofrece la CISG para resolver disputas en arbitrajes internacionales, existen incentivos para invocar su aplicación, incluso en controversias comerciales que involucran contratantes de países no signatarios a la Convención.
2. En arbitrajes internacionales donde las contratantes han pactado la sumisión a una legislación local sin reservas, la aplicación de la CISG podría invocarse aun si involucra alguna parte de un Estado no signatario. El país seleccionado (a cuya ley se ha hecho la sumisión) debe ser miembro de la convención. Similar solución si la legislación local (del país miembro) resulta aplicable como

consecuencia de las normas de conflicto de derecho internacional privado. Esta aplicación ‘indirecta’ de la CISG solo podría ‘bloquearse’ si el Estado miembro ha realizado la declaración contenida en el artículo 95 de esa convención.

3. El arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ de la CISG que ha experimentado una recurrente exclusión contractual por negociantes que prefieren imponer la sumisión a legislaciones locales que consideran más favorables o próximas. Data empírica recoge la inclinación de los árbitros internacionales por aplicar la CISG en un gran número de disputas, muchas de las cuales involucran defensas basadas en fuerza mayor (*force-majeure*) o excesiva onerosidad (*hardship*). La mayoría de los paneles arbitrales y autores se inclinan por reconocer la inclusión de esas eximentes de responsabilidad contractual dentro del ámbito del artículo 79 de la CISG.
4. En arbitrajes internacionales que involucran contratos que guardan silencio sobre situaciones que po-

³⁶ Entre varios, léase Laudos de la CCI casos No. 9479 (2001), No. 15051 (2014) y No. 15610 (2014), en Boletines Vol.12, No.2; Vol.25, No.2; y Vol.25 No. 1, respectivamente, de la Corte Internacional de Arbitraje CCI.

drían calificarse como de fuerza mayor o excesiva onerosidad, o han estipulado una legislación nacional deficiente o con precedentes contradictorios, la aplicación de la CISG ofrece soluciones o remedios contractuales armonizados. Incluso, la aplicación de la CISG también puede beneficiar si las partes han pactado cláusulas específicas para resolver situaciones que han dado lugar a disputas, porque esa Convención además funge como herramienta de interpretación de aquellas.

5. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos deben tomarse en consideración como normas supletorias de la CISG. Mas particularmente porque contemplan y regulan los casos de fuerza mayor y excesiva onerosidad, con algunas particularidades, pero que persiguen el equilibrio contractual.