

**EL INCUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL CONTRACTUAL EN LATINOAMÉRICA**

**CATALINA GIRALDO BOTERO
DANIEL RESTREPO SOTO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2013**

**EL INCUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL CONTRACTUAL EN LATINOAMÉRICA.**

**CATALINA GIRALDO BOTERO
DANIEL RESTREPO SOTO**

**Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogados**

**Asesor:
Maximiliano Aramburo Calle,
docente de la Universidad Eafit**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2013**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. JUSTIFICACION	8
2. OBJETIVOS	9
3. MARCO TEÓRICO	10
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	11
4.1 EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.....	11
4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL: SUBJETIVA – OBJETIVA.....	16
4.3 OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y DE RESULTADO	19
4.3.1 Criticas Formales.....	24
4.3.2. Críticas Sustanciales	24
5. CODIFICACIÓN Y REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LATINOAMÉRICA	30
5.1 ORDENAMIENTOS JURÍDICOS BASE DE ESTUDIO	30
5.2 CÓDIGOS DE VELEZ SANSFIELD (ARGENTINA/URUGUAY)	31
5.2.1. Régimen de responsabilidad civil	31
5.2.2 Elementos de la responsabilidad contractual.....	34
5.2.3 Obligaciones de medios y resultados	37
5.2.4 Incumplimiento.....	38
5.3 CÓDIGOS ANDRES BELLO (CHILE/COLOMBIA)	40
5.3.1 Régimen de responsabilidad civil	40
5.3.2 Elementos de la responsabilidad civil contractual.....	42

5.3.3 Obligaciones de medios y resultados	47
5.3.4 Incumplimiento.....	49
5.4 CODIGOS TEIXEIRA DE FREITAS (PERÚ/BRASIL).....	52
5.4.1 Régimen de responsabilidad civil	53
5.4.2 Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual.....	56
5.4.3 Obligaciones de Medios y Resultados	60
5.4.4 Incumplimiento.....	62
6. LAS NORMAS DEL DERECHO UNIFICADO Y EL TRATAMIENTO DEL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	65
6.1 CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.....	66
6.2 EL PAPEL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	79
6.3 MARCO COMUN DE REFERENCIA EUROPEO- MERCOSUR: REFERENTES	83
7. CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFIA	98

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Código Civil de Argentina: C.C.A

Código Civil de Colombia: C.C.C

Código de Comercio de Colombia: C.Co.C

Código Civil de Chile: C.C.Cl

Código de Comercio Chile: C.Co.Cl

Código Civil de Perú: C.C.P

Código Civil de Brasil: C.C.B

Código Civil de Uruguay: C.C.U

INTRODUCCIÓN

En la siguiente monografía, se realizará un análisis de los sistemas de responsabilidad civil vigentes en varios ordenamientos jurídicos en Latinoamérica. Empezaremos por analizar los regímenes de responsabilidad civil en algunos de los Estados, a partir de ciertos modelos de codificación, pasando a analizar la existencia de obligaciones de medio y de resultado, los elementos que configuran la responsabilidad contractual, haciendo énfasis en lo que se entiende por incumplimiento en cada uno de los diferentes países. Frente a cada uno de estos temas se hará énfasis en el elemento de la culpa y el papel que juega el mismo en cada uno de los ordenamientos. Esto teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos latinoamericanos son de tradición romanista.

Como punto de partida se tomarán las codificaciones, proyectos codificadores, la doctrina y la jurisprudencia, alrededor de los trabajos realizados dentro del continente por tres de los grandes juristas de esta región: Andrés Bello, Vélez Sarsfield y Teixeira de Freitas. A partir del análisis que se haga de estos elementos, se determinarán las semejanzas y diferencias entre los sistemas de responsabilidad civil contractual entre unos y otros países, específicamente en lo relacionado con el incumplimiento.

De esta forma, pasaremos al estudio de diferentes instrumentos jurídicos de unificación. Se hará referencia a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa de Mercaderías, los Principios de la UNIDROIT, se mencionará la organización MERCOSUR y el papel de los Tribunales de Arbitramento Internacional de la misma, esto entre otros referentes del Derecho Internacional Privado.

Tomando en cuenta estos elementos, se plantearán las bases de una propuesta de unificación del régimen de responsabilidad civil contractual en Latinoamérica. Se determinará cuáles son los elementos comunes, los principios que deben ser tenidos en cuenta y el mecanismo idóneo para consagrarlo.

1. JUSTIFICACION

El tema a tratar no sólo es relevante a nivel nacional sino internacional, se trata de un proyecto que busca trascender fronteras, como bien lo dice el slogan de la Universidad EAFIT: "abierta al mundo". Este solo un abrebocas a un proyecto ambicioso que busca la unificación de la Responsabilidad Civil Contractual en Latino América. Cada vez son más las relaciones jurídicas transfronterizas, los problemas e imprevistos siempre están presentes y un proyecto unificador con seguridad facilitaría muchos de los aspectos de estas relaciones internacionales.

Como profesionales, este trabajo nos permite profundizar en los conocimientos adquiridos durante la carrera además de hacer un ejercicio de derecho comparado el cual jamás habíamos realizado. Es además una oportunidad de conocer el derecho de otros países en un tema específico como la Responsabilidad Civil, tema de nuestro interés. Por lo anterior, estaremos en contactos con otras ramas del derecho, como el internacional y el procesal. Es la manera de obtener una visión general de lo que es una importante porción de mundo en un tema muy relevante a nivel global. Un primer paso en un largo camino que nos espera por delante con la asesoría de un gran experto de la materia.

En consecuencia, nos centraremos en analizar lo que consagran los sistemas jurídicos en Latinoamérica, con el objetivo de rescatar algunos criterios que permitan establecer una futura unificación del derecho de los contratos en este continente, especialmente en el ámbito de las obligaciones, el papel de la culpa, el incumplimiento contractual, las acciones legales de los acreedores, los métodos alternativos en la solución de conflictos y el papel de los tribunales judiciales, entre otros; estos, hacen parte de aquellas figuras jurídicas que permitirían establecer un marco normativo general en el campo contractual latinoamericano.

2. OBJETIVOS

- Realizar una visión general de la Responsabilidad Civil Contractual en Latino América. Para efectos del estudio serán tenidos en cuenta los siguientes países: Chile, Perú, Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia donde las codificaciones fueron realizadas por tres de los grandes juristas de tradición romanista, estos son: Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield.
- Analizar cómo está consagrada la Responsabilidad Civil Contractual en cada uno de los mencionados países, en especial el papel que juega la culpa, el incumplimiento y algunos aspectos procedimentales.
- Identificar las diferencias y similitudes entre los diferentes ordenamientos jurídicos.
- Indagar sobre las principales tendencias que, sobre el incumplimiento contractual, han adoptado algunos tribunales de justicia y de arbitramento. Establecer la forma en como estos organismos internacionales resuelven los conflictos que se suscitan en el derecho internacional privado, especialmente, en el incumplimiento.
- Establecer criterios de distinción y líneas de unificación en el derecho de la responsabilidad civil contractual en nuestro continente. Para ello se hará una relación de aquellos aspectos positivos, sin dejar de lado y teniendo presente, aquellas dificultades que se puedan presentar.

3. MARCO TEÓRICO

Análisis de los sistemas jurídicos en Latinoamérica, especialmente a lo relacionado con la responsabilidad civil contractual de países como Colombia, Argentina, Chile y Perú, en donde se revisaran las diferentes instituciones jurídicas que reglamentan la materia en cada Estado, con miras a establecer si es procedente o no estar ante un escenario de unificación del derecho en Latinoamérica, resaltando que es un estudio general que tan solo abarca uno de los elementos de la responsabilidad contractual como lo es el incumplimiento. Dejando claro además, que por cuestiones pragmáticas no se hace un análisis de otros ordenamientos jurídicos. Igualmente, se revisarán los aspectos procesales y el papel de los jueces y los árbitros en materia de resolución de conflictos suscitados por responsabilidad contractual.

Se iniciará estudiando, de manera genérica, las concepciones básicas de la responsabilidad civil contractual y extracontractual; luego, nos concentraremos en las normas sobre responsabilidad contractual. En segundo lugar, se estudiarán las instituciones jurídicas en los países ya mencionados, para así establecer posibles criterios de unificación en Latinoamérica. De esta forma, pasaremos al estudio de diferentes instrumentos jurídicos de unificación. Se hará referencia a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa de Mercaderías, los Principios de la UNIDROIT, se mencionará la organización MERCOSUR y el papel de los Tribunales de Arbitramento Internacional de la misma, esto entre otros referentes del Derecho Internacional Privado.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1 EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Para comenzar el análisis del sistema de responsabilidad civil como institución del derecho, es necesario señalar algunas definiciones, sin olvidar que al definir una “institución jurídica se presentan numerosas dificultades para hacerlo (...). No cabe duda de que es la responsabilidad civil una de las instituciones jurídicas cuya definición resulta más difícil formular”¹. Por ello, se han planteado diferentes concepciones sobre dicha institución, de las cuales podemos destacar las siguientes. Por ejemplo, “es aquella situación que se produce cuando la víctima del daño puede perseguir su reparación de la persona que lo ha ocasionado (...)”²; así mismo, se ha definido como el “sometimiento a quien ha ocasionado un perjuicio a otro a reparar las consecuencias de ese daño”³; o como “la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto o de una conducta”⁴. Además, se considera que “la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en quien lo causó, la obligación de indemnizar”⁵. En este orden de ideas, es pertinente señalar que el término “responsabilidad civil” para efectos de este trabajo será definido como aquella obligación que tiene un sujeto de reparar los daños que ha causado a un tercero.

¹ TAPIA SUAREZ, Orlando. De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Santiago de Chile: Universidad de Concepción. LexisNexis., 2006. p 10.

² JOSSERAND, Louis. “Les transports en service interieur et en service international. Citado por TAPIA SUAREZ, Orlando. De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Santiago de Chile: Universidad de Concepción. LexisNexis., 2006. p. 11

³ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones: La responsabilidad civil como fuente de obligaciones. Bogotá-Colombia: Temis, 1998. p. 3.

⁴ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Biblioteca Jurídica Dike. P. 9.

⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis. Tercera reimpresión. 2008. p.8. Tomo I.

Una vez definido el concepto de “responsabilidad civil” nos es dable adentrarnos en la clasificación que diversos autores y la gran mayoría de sistemas jurídicos han adoptado sobre esta institución, la cual consiste en el análisis de la misma, “atendiendo a las diversas fuentes de donde la responsabilidad civil emana: contractual y extracontractual o delictual”⁶, clasificación que depende de la teoría que se adopte, ya que están “la que sostiene la tesis de la unidad, y la que propugna por la separación total de las dos responsabilidades jurídicas civiles”⁷:

La primera de ellas es conocida como Teoría Monista o Unitaria, que se fundamenta en la unidad entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual partiendo de que ambas se derivan del incumplimiento de una obligación, bien sea por un contrato o negocio jurídico o por la ley. Lo relevante es que siempre se está ante una situación en la cual se genera un daño en un patrimonio ajeno. Autores como J. Grandmoulin señalan que “la ley y el contrato, y como consecuencia las obligaciones que de ellos nacen, no tienen una esencia diferente (...) ya se trate de la obligación legal o de una obligación contractual, toda lesión causada por el deudor o un tercero es un delito”⁸. “Lo importante, sostiene esta tesis, es el daño en el patrimonio ajeno”⁹. En el otro extremo, se encuentra la Teoría Dualista, según la cual, “las obligaciones que nacen del contrato son específicas, concretas y voluntariamente acordadas, en cambio en la responsabilidad civil extracontractual contempla una obligación general que consagra la ley como un deber de prudencia y diligencia”. La gran mayoría de ordenamientos jurídicos en Latinoamérica ha optado por ser partidarios de una teoría dualista, esto es, la distinción entre contractual y extracontractual; esta distinción puede observarse, a modo de ejemplo, en ordenamientos como el chileno, donde se afirma que “el estudio de la responsabilidad contractual ha

⁶ TAPIA SUAREZ, Orlando. Op. Cit., p. 15.

⁷ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit., p. 32.

⁸ J. GRANDMOULIN DE VINEY, Genevieve. Tratado de derecho civil: Introducción a la Responsabilidad. Universidad Externado de Colombia, 2007. Traducido por Fernando Montoya Mateus. p.330.

⁹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit.

estado marcado por la comparación con el estatuto de responsabilidad extracontractual. La mayoría de los manuales y textos tratan la responsabilidad contractual haciendo hincapié en las diferencias que presenta con el régimen aquiliano¹⁰. Como este país, otros sistemas lo han consagrado, tal y como se analizará en los capítulos posteriores.

Por otro lado, existen elementos diferenciadores entre uno y otro tipo de responsabilidad, los cuales se debe tener en cuenta (i) la prescripción, (ii) la capacidad para cometer el ilícito, (iii) la solidaridad, (iv) la extensión del monto indemnizable, (v) la jurisdicción y la competencia, (vi) y, finalmente, la culpa. Estos elementos distintivos¹¹, no serán temas que se desarrollen en la presente monografía, salvo lo pertinente a la culpa, sobre la cual se hará un análisis más detallado en los capítulos posteriores.

Es importante anotar que “desde finales del siglo XIX se discutía sobre la conveniencia de tener un régimen de responsabilidad que agrupara en sí tanto la parte contractual como aquella extracontractual”¹², y así lo han señalado algunos doctrinantes, que consideran que “la teoría de la unidad se impondrá”¹³, pues entre otros elementos, ambas cumplen una función reparadora y esto puede considerarse fundamental para la unidad¹⁴. En este orden de ideas, algunos países han ido adoptando e implementado esta unificación. Así, por ejemplo, el proyecto de Código Civil y Comercial argentino, impulsado por Ricardo Lorenzetti, consagra un régimen general de responsabilidad civil, y en su artículo 1716 reza que “la violación del deber de no dañar a otro el incumplimiento de una obligación

¹⁰ PIZARRO Wilson, Carlos: “La responsabilidad contractual en derecho chileno” [En línea]. Disponible en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf [2013, febrero 23].

¹¹ TAMAYO Jaramillo, Javier. Op. Cit., p. 40 y Ss.

¹² CORTÉS, Édgar. La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 49

¹³ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit.

¹⁴ CORTÉS, Édgar. Op. Cit. p. 48

da lugar a la reparación del daño”, de lo cual puede observarse la tendencia que se observa en dicho país hacia un trato unificado de la responsabilidad civil. De lo anterior se hará un mayor análisis en el capítulo siguiente.

No obstante las diferentes teorías, para efectos de este trabajo se hará la distinción de lo que comprende tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual, distinción que será tenida en cuenta al momento de analizar los diferentes sistemas jurídicos latinoamericanos (ya que el objetivo del presente, es analizar exclusivamente la responsabilidad en el ámbito contractual).

En cuanto a la primera de éstas, puede señalarse como “la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra por el incumplimiento de una obligación que surge de un contrato”¹⁵ válido entre las partes. Ese contrato será un acuerdo de voluntades, que obliga a las mismas a desplegar las conductas necesarias para satisfacer la necesidad de su contraparte. En este sentido, la responsabilidad se puede originar a partir del incumplimiento de dicha obligación o en la ejecución parcial o tardía, esto porque el incumplimiento no da lugar necesariamente a la responsabilidad. No obstante, hay que tener en cuenta que “no necesariamente por la existencia efectiva de un contrato, del que el autor del daño hubiera incumplido su obligación, sino puramente por la existencia de una obligación, cualquiera sea su fuente” se está en presencia de la responsabilidad contractual, ya que hay quienes reconocen la existencia de la misma con el simple hecho de que efectivamente exista una obligación, proveniente de cualquiera de las fuentes de obligaciones ¹⁶, es decir, no necesariamente debe tener origen en una convención.

Sobre la segunda, se dice que la obligación de indemnizar nace a partir de generar un daño en otra persona, sin que exista relación o vínculo jurídico previo

¹⁵ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit.

¹⁶ MOSSET ITURRASPE Jorge; PIEDECASAS, Miguel. Responsabilidad contractual. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2007. p. 62.

entre ellas. Es evidente que ambas cumplen una función de reparación, no obstante, en la responsabilidad civil contractual se remite a la asunción voluntaria de una obligación. Es decir, previamente existe un vínculo jurídico proveniente de un contrato que obliga a quien incumple, mientras que la extracontractual, nace de un daño que se ha causado a otra persona, pero sin que exista vínculo alguno diferente al deber genérico de respetar su esfera jurídica¹⁷.

Como consecuencia de lo anterior es posible cuestionarse: ¿Existe un deber genérico de no dañar? Al respecto encontramos que se ha dado una discusión doctrinaria en la cual, algunos autores consideran que existe un deber general de no dañar, siendo esta la fuente de la responsabilidad civil; mientras que otros afirman que el deber de no dañar solo tiene sentido cuando se produce el daño. Para estos últimos, previo la ocurrencia del daño no existe tal deber. Aunque cabe mencionar que la mayoría de la doctrina es partidaria de la primera de estas posturas, lo cual se evidencia en la inclusión del principio *alterum non laedere* en manuales, tratados y monografías.

Tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual suponen “(i) un comportamiento activo u omisivo del demandado; (ii) que el demandante haya sufrido un perjuicio, y que finalmente haya (iii) un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño”.¹⁸ En cuanto a este último, se ha señalado que “es común a todo tipo de responsabilidad civil, en cuanto es necesario que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el evento dañoso que lesiona a quien exige ser reparado, y como su fuente, un factor de atribución legal de responsabilidad a cargo del agente frente a quien se formula tal reclamación”¹⁹. Adicionalmente, se ha desarrollado un cuarto elemento, este es, el factor de

¹⁷ CORTÉS, Édgar. Op. Cit.

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. cit.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 21 de enero de 2013. M.P Margarita Cabello Blanco. Cita a: Sent. Cas. Civ., 23 de noviembre de 1990, G.J. 2443, p. 64 y s.s.).

imputación que “es aquel que permite atribuirle a un sujeto la responsabilidad, siendo por regla general de carácter subjetivo, esto es, fundada en la culpa o dolo, y excepcionalmente de naturaleza objetiva, como acontece en el riesgo”²⁰. En concordancia, la doctrina ha señalado que efectivamente hay elementos comunes en ambas, estos son claramente los siguientes: la antijuridicidad del hecho, el daño, la relación de causalidad y el factor atributivo²¹.

4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL: SUBJETIVA – OBJETIVA.

“Las instituciones jurídicas suelen entenderse mejor cuando se las conoce desde su contexto histórico y la responsabilidad civil es un buen ejemplo de ello, toda vez que los sistemas que la consagran se han modificado al vaivén de los acontecimientos históricos y aún políticos, oscilando entre dos conocidos extremos: el de responsabilidad objetiva y el de responsabilidad subjetiva. Estos sistemas son modelos ideales a los que un determinado ordenamiento se aproxima en mayor o menor medida según criterios políticos diversos, entre los cuales se destaca la presión de los grupos de interés (por ejemplo, empresarios, asociaciones de víctimas), el mayor o menor avance de sus sistemas de producción, imposiciones en la negociación de tratados binacionales o multilaterales (como los tratados de libre comercio), necesidades sociales de prevención, entre otros.”²²

De lo anterior se desprende la clasificación de la responsabilidad civil objetiva y subjetiva, la cual tiene como elemento esencial la culpa.

La teoría de la responsabilidad subjetiva es aquella que hace de la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad civil²³. Este es un concepto por el que suele inclinarse la estructura dogmática de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos del *civil law*. La culpa contractual entendida como la inejecución de la

²⁰ *Ibíd.*

²¹ MOSSET ITURRASPE Jorge; PIEDECASAS, Miguel. Op. Cit.

²² ARAMBURO Calle, Maximiliano. “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia, apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI.” *En*: Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana .Medellín, Colombia, 2008, Vol.38, No. 108. p. 2. Disponible en: <http://www.lexbasecolombia.net/revistauniversitaria/ubolivariana/ub-108-38/Responsabilidad%20Civil.htm>

²³ TAPIA SUAREZ, Op. Cit., 23.

obligación contraída ha sido un criterio difundido y a su vez criticado por la doctrina francesa, ya que se considera un contrasentido que se diga que “para que haya responsabilidad civil contractual es necesario estar en presencia de un incumplimiento y de una culpa, para después afirmar que la culpa no es otra cosa que el incumplimiento”²⁴. Según esta teoría, “existe responsabilidad civil siempre que una persona haya ejecutado un hecho culpable, que pueda serle previamente imputable, esto es, que pueda atribuirse a una libre y consciente determinación de su voluntad. Por consiguiente, no se es responsable de los actos ilícitos, aunque ellos produzcan daño, sino solamente de los que se lleven a cabo con la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro (...)”²⁵.

Se ha dicho que hay responsabilidad civil subjetiva cuando el análisis de la conducta desplegada por el deudor es esencial para determinar si hay o no incumplimiento, y por ende, responsabilidad. En este sentido, “la culpa en materia contractual designa el juicio de reproche que se hace a la conducta de un sujeto que ha incumplido, para determinar si ese incumplimiento puede serle imputable.”²⁶ El juicio de reproche, entonces, hace referencia a un modelo de comportamiento previamente establecido. Se habla de diligencia, siendo esta la expresión positiva de la “culpa-negligencia”. La doctrina ha considerado la culpa y la diligencia como dos caras de la misma moneda; no obstante, la diligencia es “un concepto relativo, pues su definición requiere siempre de un punto de referencia que le de contenido, variable de acuerdo con la época y con las circunstancias, pero siempre con una gran carga de sentido común”²⁷. Desde el derecho romano, la culpa era el criterio guía que determinaba la pérdida de la cosa debida, la regla general era “cargar el peligro al dueño, regla que era mitigada precisamente con el reconocimiento en cabeza del detentador de la cosa, de la obligación de

²⁴ CORTÉS, Édgar. “La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano.” Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009. p. 122.

²⁵ TAPIA SUAREZ, Op. Cit.

²⁶ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 84.

²⁷ *Ibíd.*, p. 130.

responder por el dolo y la culpa, entendida como un hecho reprochable del deudor, que causara la pérdida de la cosa.”²⁸ De aquí nace una pregunta relevante: ¿El obligado debe evitar la producción del daño o debe desplegar una conducta para evitar el daño? Como respuesta a este cuestionamiento los juristas romanos establecieron que cuando el obligado tiene un deber de diligencia activa su prestación consiste en ello. De esta manera, con Quinto Mucio, “la culpa adquiere un carácter más amplio, pues ya no solamente se considera culposo el hecho reprochable, sino también toda conducta omisiva o comisiva, que pudiera ser juzgada negativamente, en relación con el modelo de comportamiento de un hombre diligente”²⁹.

Lo mencionado previamente hace parte de la tradición romanista, sin embargo, no todo en el derecho romano es responsabilidad por culpa. Aparece también el criterio objetivo de la custodia, criterio transmitido al derecho moderno,³⁰ mediante la teoría del riesgo creado o responsabilidad objetiva, “cuya trascendencia radica, precisamente, en la supresión de la culpa como elemento esencial de la responsabilidad civil”³¹, es decir, simplemente se analiza si se ha cumplido o no con el resultado, sin tener en consideración la conducta diligente del deudor, es decir, se está en un escenario de responsabilidad sin culpa. Esta clase de responsabilidad “se funda, como su denominación lo indica, en un criterio de apreciación puramente objetivo y hasta mecánico: basta que el daño pueda atribuirse a un hecho u omisión de alguien para que se precipiten los efectos de la responsabilidad, con prescindencia de la valoración moral de la conducta de quien

²⁸ *Ibíd.*, p. 85.

²⁹ R. CARDILLI. L' obbligazione di “praestare” e la responsabilita contrattuale in diritto romano, cit., p. 24 y C.A.C CANATTA. Sul problema della responsabilita, cit., p. 137. Citados por CORTÉS, Édgar. “La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano.” Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 86, Cita 45 a.

³⁰ CORTÉS, Édgar. “La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano.” Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009., p. 93.

³¹ TAPIA SUAREZ, Orlando. Op. Cit., 25

así se reputa responsable”³². Un sector de la doctrina, denominan esta responsabilidad objetiva como la teoría del riesgo creado, en donde la víctima de un daño, para poder obtener su reparación del autor, solo debería probar el daño sufrido y el hecho que lo ha causado, quedando exonerada de probar la culpa.³³ No obstante, la teoría del riesgo creado no es la única vertiente de la responsabilidad objetiva: autores como Javier Tamayo consideran que la responsabilidad objetiva es aquella que “prescinde de la culpa como elemento que haga operar la acción indemnizatoria de la víctima”³⁴, esto ocurre en la responsabilidad por riesgo, en la garantía, etc.

Para los fines del presente trabajo, se realizará un reconocimiento de ambas teorías, ya que uno de los objetivos del mismo es analizar el papel de la culpa como elemento esencial de la responsabilidad en los diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, de tal manera que se examinen las condiciones en virtud de las cuales se podrá tener en consideración o no ante una eventual unificación de ordenamientos.

4.3 OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Frente a la responsabilidad civil contractual, la doctrina ha realizado una diferenciación de las obligaciones de medios y resultados. Entiéndase por obligación “el vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra”³⁵, es decir, es un vínculo entre dos sujetos, un acreedor que puede exigirle a otro, deudor, el cumplimiento de una prestación, so pena de una sanción jurídica.

³² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. 2008. p. 120.

³³ TAPIA SUAREZ, Op. Cit., p. 27.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. p. 8.

³⁵ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. Cit., p. 20.

En este sentido, y como se analizará más adelante, la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina latinoamericana ha realizado una clasificación de las obligaciones, que se fundamenta en el objeto de la obligación y que complementan la clasificación según el tipo de conducta debida: dar, hacer y no hacer³⁶. En lo referente a las obligaciones de medio y resultado se dice que “son dos modos de definir-configurar el contenido de la prestación de hacer, son, también, al propio tiempo, y como consecuencia necesaria de ello, dos modos distintos de configurar-definir el cumplimiento de las obligaciones de *facere*.”³⁷ Son entonces obligaciones de medio aquellas donde “el deudor solamente ha de poner la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza”³⁸, es decir que el deudor se libera desplegando una actividad diligente la cual está encaminada a la consecución de un fin, sin que la realización de este último sea parte de la obligación.

Por contraposición, son obligaciones de resultado aquellas en donde “... el deudor se compromete a producir un resultado en favor del acreedor. Si ese resultado no aparece habrá incumplimiento”³⁹, por lo que no basta un mero despliegue diligente de una actividad. Si bien se trata de una distinción que data desde el derecho romano y el antiguo derecho francés, fue el francés “Rene Demogue, en su *Traité des obligations* de 1925, quien se encargó de sistematizar y darle un grado de organicidad a esta clasificación, “ideada para explicar las diferencias de régimen jurídico de la responsabilidad del deudor de una obligación contractual, clasificación que tuvo gran acogida (...)”⁴⁰. Para este autor, “existían unas obligaciones que perseguían no solo una conducta, sino también un resultado; y habían otras obligaciones de simples medios, en las que el deudor se obligaba

³⁶ TAMAYO, LOMBANA, Alberto. Op. Cit., p. 16

³⁷ JORDANO Fraga, Francisco. “Anuario de Derecho Civil. Estudio Monográfico: Obligaciones de medios y resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente) “. 1991. p. 21.

³⁸ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, 2008. p. 26.

³⁹ TAMAYO, LOMBANA, Alberto. Op. Cit., p. 16.

⁴⁰ CORTÉS, Édgar. “La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 133.

nada más a desarrollar o producir una conducta o actividad de manera prudente, pero sin garantizar un resultado”⁴¹. Puede haber casos concretos donde esta distinción no sea tan evidente; así por ejemplo aunque por regla general obligaciones como las de un médico son de medios pueden llegar a ser de resultado. Se debe entonces hacer una interpretación de “la prestación debitoria de hacer” teniendo en cuenta la voluntad de las partes, la ley y lo que se denomina como “los criterios integrativos supletorios de los usos o la buena fe” de acuerdo con el autor Francisco Jordano Fraga⁴². Estos elementos son comunes a los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos que en adelante serán analizados.

Hasta este punto es posible evidenciar que la relevancia de la distinción entre las obligaciones de medios y resultado se encuentra en el ámbito de cumplimiento de la obligación. “Es el distinto modo de definir la prestación el que lógica y necesariamente conduce a una distinta forma de configurar el correlativo cumplimiento.”⁴³ La importancia de la distinción en el terreno del cumplimiento implica necesariamente relevancia de la misma distinción en el ámbito contrario: la infracción de la obligación o la falta de exacto cumplimiento. Esto nos lleva entonces al tema central de este trabajo: la responsabilidad contractual. Es de anotar que si bien la responsabilidad contractual (la cual da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios) es una de las herramientas que opera frente al incumplimiento contractual, no es la única. Dependiendo de cada ordenamiento jurídico, además, se cuenta con la acción de cumplimiento forzado en especie o por su equivalente en dinero, la resolución del contrato y la excepción del contrato no cumplido. Lo anterior en lo relacionado con las obligaciones generales, puesto

⁴¹ RUEDA María del Socorro. Derecho de las Obligaciones. Capítulo II: Algunas Clasificaciones de las Obligaciones y Régimen Particular. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011. Tomo I, p. 44.

⁴² JORDANO Fraga, Francisco. “Anuario de Derecho Civil. Estudio Monográfico: Obligaciones de medios y resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”. 1991. p.10.

⁴³ *Ibíd.*, p. 24.

que como se mencionó anteriormente existen regímenes particulares que posiblemente pueden presentar otras alternativas.

Como opuesto al cumplimiento, pues, existe entonces el incumplimiento y de este último se deriva un juicio de responsabilidad. Para ello, habrá que tener en cuenta como primer elemento la diligencia, la cual puede ser vista desde dos puntos de vista, esto es como el elemento de cumplimiento en aquellas obligaciones de medio donde la prestación consiste en desplegar una conducta diligente y como criterio general de imputabilidad para todas las obligaciones. En el primer caso, este es las obligaciones de medios, la diligencia es un criterio positivo, de exacto cumplimiento. Cuando la conducta desplegada no se ajusta a la debida diligencia hay entonces lugar a hablar de la culpa-negligencia, siendo este el criterio negativo o la contra cara de la diligencia y una forma concreta de infracción de las obligaciones de medios. Esto último deberá ser tenido en cuenta a lo largo de este trabajo pues el concepto de culpa como opuesto de la diligencia ha sido adoptado por tres de los grandes codificadores latinoamericanos: Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sarsfield y Texeira de Freitas, cuyos modelos serán estudiados. El segundo supuesto se traduce en un análisis de si el evento era evitable o no por el deudor y por lo tanto de si le es imputable; sin embargo en algunos ordenamientos existen criterios objetivos de imputación que prescinden de toda valoración de la conducta del deudor. De lo anterior es posible concluir que hay unicidad de la conducta debida con diferentes funciones: en unos casos como factor de cumplimiento en otros como criterio de imputación. Cabe mencionar que frente a este juicio de responsabilidad se tienen como causales de exoneración el caso fortuito, la fuerza mayor, la causa extraña y el hecho de la víctima o de un tercero. Bajo la presencia de estos habrá un incumplimiento inimputable al deudor.

Teniendo en cuenta lo previamente mencionado, es posible afirmar que además del retardo, en la obligación de medios, y el no cumplimiento (exacto) de la conducta debida, la culpa es una más de las formas de incumplir una obligación.

Para las demás obligaciones, esto en las obligaciones de resultado, el inexacto cumplimiento “se establece con relación al propio contenido de su prestación (que no es nunca una mera conducta diligente del deudor)”⁴⁴.

En cuanto a la carga probatoria, vale tomar lo estipulado en el derecho francés como punto de partida, ya que a partir de este se realizaron varias de las codificaciones latinoamericanas. Sobre las obligaciones de resultado, se ha dicho, le corresponde al deudor (según el art 1147 Código Civil francés) comprobar que no se cumplió con el resultado por causa extraña; mientras que en las obligaciones de medios corresponde al acreedor probar la culpa del deudor para obtener la reparación del daño sufrido. En cuanto al deudor, para exonerarse bastará que este demuestre haber desplegado la diligencia necesaria, de acuerdo con el artículo 1137 del Código Civil francés.⁴⁵ Se hace evidente que en el derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia han mantenido la línea de la culpa como elemento fundamental y, por ello, la carga probatoria en el caso de las obligaciones de resultado no busca que se demuestre que la obligación sé haya vuelto imposible, “sino que ponga de presente que le ha sido imposible poner toda la diligencia necesaria por una causa extraña”⁴⁶. No obstante, al reconocerse reglas de carga dinámica probatoria, se considera “regla de distribución de la carga de la prueba, el colocarla en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, es decir que estas reglas asumen un carácter dinámico”⁴⁷.

De esta forma se incluyó en la legislación civil francesa la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, posteriormente recopilada y desarrollada por René Demogue y adoptada por gran parte de los juristas alrededor del mundo.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 30.

⁴⁵ CORTÉS, Édgar. *Op. Cit.*, p. 97.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ ALEGRE, Juan Carlos. *Cargas Probatorias Dinámicas en el derecho de daños. Dinamicas.* Rubinzl-Culzoni editores, 2004. p. 449

Es sin embargo una clasificación que no ha sido ajena a las críticas. A continuación haremos mención a algunos de los contradictores de la misma:

4.3.1 Críticas Formales

Empezaremos por abordar una crítica terminológica de la distinción según la cual todas las obligaciones son de resultado ya que “el objeto de toda obligación (la prestación) es la consecución, por el obligado, de un concreto resultado útil que satisface el interés de su acreedor.”⁴⁸ Se considera el contenido teleológico de los términos hacen de esta una distinción sin sentido ya que una realidad puede aparecer como medio o como resultado dependiendo de la perspectiva que se adopte, siempre existirán intereses ulteriores del acreedor no cubiertos por el contenido de la obligación⁴⁹. Estas críticas sólo atacan el grado de corrección de la terminología para expresar la distinción y son fáciles de superar ya que ninguna desvirtúa la razón de ser de la distinción entre obligaciones de medios y resultado. Esto es, la prestación de la obligación, en el caso de las obligaciones de medio, “una simple actividad diligente (el deudor que la realiza, cumple con su obligación, aunque no logre el fin resultado- no debido, a que tal actividad iba dirigida)”⁵⁰. Distinto de las obligaciones de resultado, donde no basta el despliegue de una actividad diligente sino que el deudor ha de lograr el resultado concreto.

4.3.2. Críticas Sustanciales

En cuanto a las críticas sustanciales encontramos que, autores como Pablo Rodríguez Grez sostienen que realmente sólo existen obligaciones de medios, ya que en toda obligación hay implícito un deber de conducta para quienes contrataron, es decir, las partes en un contrato siempre deben actuar con diligencia y cuidado; de acuerdo con el autor, se debe contar además, con un

⁴⁸ JORDANO FRAGA, Francisco. Op. Cit., p. 12.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 16.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 17.

mecanismo para medir si el mínimo nivel de diligencia se ha alcanzado o no en aras de establecer si la obligación se ha incumplido. “No existe ninguna obligación de resultado en el sentido que deba alcanzarse siempre en todo caso, inexorablemente y bajo todo supuesto; todas las obligaciones son de medios, toda obligación cualquiera que ella sea, establece con cierta precisión un determinado nivel de diligencia y cuidado y un mecanismo para medir si aquel se ha alcanzado”⁵¹.

Por otro lado, encontramos que para un sector de la doctrina peruana,

La doctrina de Demogue no deja de ser un conjunto inorgánico de veintiocho supuestos señalados a manera de ejemplo, bajo el único hilo conductor de distinguir si constituyen obligaciones de medios u obligaciones de resultados. Entonces, para refutar a Demogue con sus propios argumentos, no es posible enfrentar una teoría orgánica, sino esa casi treintena de ejemplos, en donde el propio Demogue -más allá de sus conclusiones fragmentadas- deja muchísimas dudas y un número no menor de contradicciones insalvables⁵².

Creemos que esta confusión entre los buenos deseos de que se presente una situación posterior óptima condujo a Demogue, entre otras razones, a pretender diferenciar, jurídicamente hablando, los medios de los resultados, cuando medios y resultados son exactamente lo mismo, porque en el Derecho de Obligaciones, salvo determinados casos de excepción que serán analizados de inmediato, nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Esto equivale a decir que, también en el lenguaje jurídico, nunca podrá pagarse, en estricto, si no se ejecuta la prestación. (...) ⁵³.

Quienes así piensan consideran la distinción inútil, en la medida que todo deudor, cualquiera que sea su actividad u oficio, se obliga a ejecutar una obligación de dar,

⁵¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad contractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 208-212.

⁵² OSTERLING PARODÍ, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y Resultados frente a la Responsabilidad Civil. Lima, Perú: 2006. p. 13.

⁵³ *Ibíd.*, p. 22.

hacer o no hacer y sólo cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a que se obligó⁵⁴.

En Argentina, por ejemplo, encontramos uno de los más grandes detractores Latinoamericanos de René Demogue. Se trata del profesor Ernesto Clemente Wayar, quien considera que la distinción es aparente y que en aquellas obligaciones llamadas por la tradición de “medios” es siempre posible encontrar un “resultado”. Dice Wayar, que la prestación o conducta del deudor es siempre el medio productor del resultado esperado por el acreedor y que el resultado buscado será siempre la satisfacción del acreedor⁵⁵. En términos generales establece que resultado y medio son dos elementos que están íntimamente ligados dentro de la estructura de toda relación obligacional⁵⁶ y considera por lo tanto que decir que en una obligación de medios no se debe un resultado equivaldría a decir que la obligación no tiene objeto. Finalmente, dice Wayar,

... a pesar de no tener la misma jerarquía, de ninguna manera podrá decirse que en un caso el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero, pues en uno y otro caso el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección, lo que no ocurriría si, como punto de partida, se admite que en la obligación de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado.⁵⁷

Actualmente, es posible afirmar que en la práctica del comercio internacional, las obligaciones de resultado son la regla general, lo cual puede observarse, a modo de ejemplo, en los contratos de transporte aéreo de mercaderías o de personas, en los cuales las obligaciones son de resultado. No obstante también encontramos obligaciones que se pueden calificar como de medios que hacen necesario el uso del criterio de la culpa. Lo anterior lo corrobora el artículo 5.1.4 de los Principios de

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 5.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

la UNIDROIT, el cual confirma la existencia y la aceptación de las obligaciones de medios y de resultado al afirmar que:

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Es por ello que se reconoce, en el ámbito internacional, la distinción entre este tipo de obligaciones, ya que tiene vital importancia en la responsabilidad que se asume, ya que mientras que en las de resultado se obliga a la prestación específica, en la de medios se repara la diligencia empleada según el comportamiento de una persona razonable.⁵⁸ Al respecto, en los capítulos posteriores, se hará referencia a la forma en la cual los distintos sistemas jurídicos latinoamericanos han desarrollado esta clasificación a partir de la evolución del derecho mediante fuentes del derecho como la jurisprudencia y la doctrina, partiendo del papel de la culpa.

En términos generales los críticos de la clasificación de obligaciones de medios y resultado han hecho afirmaciones como la “ejecución de las obligaciones no es algo que se genere por arte de magia sino que requiere realización de actividades por parte del deudor”. De allí que se perciba como un imposible, el que obligaciones de medios y resultado puedan concebirse como elementos independientes. La independencia de estos conceptos se considera que llevaría al absurdo, en los casos de las obligaciones de medio a establecer que se ha ejecutado una obligación pero no se ha logrado el resultado. Paralelamente se establece que la ejecución de una obligación no puede ser vista como un medio para ejecutarla pues esto constituye el cumplimiento en sí mismo. Partiendo de

⁵⁸ FERNANDEZ, Bonivento. Los principales contratos civiles y comerciales. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009. Tomo II, p. 526

premisas como éstas nos atrevemos a pensar que la mayoría de los críticos, más que discrepancias de fondo o contenido frente a la distinción entre obligaciones de medios y resultado, han caído en una crítica terminológica. Al respecto vale la pena citar a Francisco Jordano Fraga quien frente a la denominación de obligaciones de medios y resultado ha dicho: “es perfectamente idónea para expresar aquella idea esencial, ya que sus posibles inconvenientes, básicamente derivados de la aludida relatividad de la contraposición medio/fin-resultado, no le restan, con las debidas matizaciones, virtualidad expresiva.”

Además, para este autor, las otras alternativas no dejan de presentar inconvenientes, incluso mayores. A modo de ejemplo menciona que hay quienes han optado por llamar las obligaciones de medios “obligaciones de diligencia”, otros como “obligaciones de comportamiento” y otros como “obligación general de prudencia y diligencia” por contraposición a las “obligaciones determinadas”. Frente a la primera de estas denominaciones se considera lleva al interprete a olvidar que en las obligaciones de resultado también hay una diligencia debida. En cuanto a la segunda, se ha dicho, es una terminología inespecífica puesto que el objeto de toda obligación se resuelve en una conducta activa u omisiva del deudor. Lo mismo ocurre con la última de las mencionadas distinciones, considerada confusa en tanto se puede interpretar como el deber general que incumbe a todo sujeto y no como un deber específico de respetar la esfera patrimonial y personal ajena frente a un vínculo obligacional concreto.⁵⁹

Desde nuestra perspectiva, lo importante no es la denominación sino el contenido de estas instituciones jurídicas. Los mismos críticos de una u otra manera terminan por concluir que lo realmente importante es el contenido de las obligaciones. Se ha dicho que “el derecho de obligaciones se ciñe estrictamente a aquello que ha sido convenido por las partes, de modo tal que no es otro el

⁵⁹ JORDANO FRAGA, Francisco. Op. Cit., p. 20.

régimen de cumplimiento.”⁶⁰ Frente a este tema pensamos de manera similar a los detractores de Demogue, quienes consideran la distinción de obligaciones de medios y resultado como inútil. Nosotros no nos atrevemos a hacer tal aseveración y más bien consideramos que la misma se ha vuelto innecesaria. Nuestro fundamento es muy diferente al de los críticos previamente citados, pues como se dijo, consideramos ellos hacen una crítica terminológica y no del contenido mismo de estas obligaciones. Nosotros analizamos la importancia de esta clasificación frente al cumplimiento de las obligaciones y pensamos que es allí donde radica la distinción principal. No obstante, consideramos que debido a la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones contractuales, lo realmente importante es lo acordado⁶¹ por las partes y que es de acuerdo a lo convenido por ellos que se podrá establecer el incumplimiento en cada caso en particular. Cabe mencionar que cada vez las relaciones comerciales y contractuales presentan nuevos hechos y problemáticas que han llevado a la creación de regímenes específicos de responsabilidad. Por lo tanto, cada vez más resulta menos problemático comprender que el incumplimiento se va a determinar con base en la conducta acordada por las partes.

⁶⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit., p. 33.

⁶¹ Es importante aclarar que un sector de la doctrina parte del simple incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad civil contractual, por lo que no habría lugar a discutir sobre lo acordado por las partes.

5. CODIFICACIÓN Y REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LATINOAMÉRICA

5.1 ORDENAMIENTOS JURÍDICOS BASE DE ESTUDIO

Tal y como señala Tito Añamuro, “América Latina carece de una maquinaria de creación y ajuste del derecho análogo al europeo; en lugar de ello, se vislumbra el claro dominio de la función legislativa a la hora de afrontar modificaciones que exigen las necesidades de un mercado cada vez en desarrollo (...) en el cual es evidente la multiplicación de los intercambios, y por tanto, la complejidad jurídica de las transacciones y, una política jurídica centrada en el ámbito nacional”⁶².

El movimiento de codificación en Latinoamérica fue liderado, desde mediados del siglo XIX, por tres grandes juristas de tradición romanista: Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, los cuales influyeron en nuestro continente de manera tal, que “sus obras se difundieron velozmente en toda el área, y las incipientes naciones, preocupadas por la unidad jurídica como elemento necesario de la unidad política, se vieron dotadas de codificaciones en un breve periodo”⁶³. A partir de su labor codificadora, se hizo sentir la influencia del derecho romano: “los nuevos Estados (L.A) admitieron como base en sus legislaciones el papel preponderante del derecho romano”⁶⁴ y los movimientos de codificación europeos. En este sentido, puede señalarse que “los códigos civiles latinoamericanos son, en su mayoría, producto del movimiento codificador del siglo XIX, y los que se han dado más recientemente, con algunas excepciones, se remontan a esa misma tradición”⁶⁵

⁶² TITO AÑAMURO, John Alberto. Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano: Un Análisis de Método. p. 68

⁶³ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 153

⁶⁴ TITO AÑAMURO, John Alberto. Op. Cit., p. 83

⁶⁵ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 211

De esta manera es importante realizar un análisis de diferentes códigos latinoamericanos que hayan sido elaborados por cada uno de estos juristas, por ende, consideramos pertinente analizar las legislaciones de países como: Argentina y Uruguay, influenciados directamente por Vélez Sarsfield; Colombia, y Chile, países con influencia de Andrés Bello y por último, analizar la legislación del Perú, que tuvo gran incidencia del Código brasilero redactado por Teixeira de Freitas, para que de esta forma, examinar las bases de un posible método de unificación del derecho privado latinoamericano⁶⁶.

5.2 CÓDIGOS DE VELEZ SARFIELD (ARGENTINA/URUGUAY)

5.2.1. Régimen de responsabilidad civil

El régimen de responsabilidad civil en Argentina se encuentra consagrado principalmente en el código civil de Vélez Sarsfield. Sin embargo, desde 1998 se busca poner en práctica diversos proyectos de reforma Proyecto de Código Civil de 1998, el cual hoy en día, se ha materializado como el Proyecto de Código Civil y Comercial, impulsado por el jurista Ricardo Lorenzetti⁶⁷.

El C.C.A consagra una teoría dualista en cuanto al régimen de responsabilidad civil se refiere. En cuanto a la responsabilidad civil contractual, se puede ver regulada principalmente a partir del artículo 506 y siguientes de dicho cuerpo normativo, donde se señala la responsabilidad del deudor ante el incumplimiento de la obligación contractual. Igualmente, el artículo 512 C.C.A define la culpa

⁶⁶ Por cuestiones pragmáticas, facilidad investigativa y teniendo en cuenta que el acceso a las diferentes fuentes de derecho de países como Venezuela, Bolivia y Paraguay es difícil, en el presente trabajo sólo se estudiarán los mencionados países.

⁶⁷ Presidente de la Corte Suprema de Justicia en Argentina, quien fue comisionado por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner para emprender el nuevo proyecto. La comisión está formada además por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/lorenzetti-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-esta-enfocado-en-los-problemas-concretos-de-la-gente/>

como la omisión de las diligencias que exige el cumplimiento de la obligación según las circunstancias del caso. Por otro lado, la extracontractual está consagrada en los artículos 1074 y siguientes, los cuales consagran la responsabilidad de indemnizar a quien cause un perjuicio a otro y la ley establezca la obligación de reparar el daño.

No obstante lo anterior, el proyecto Lorenzetti, tiende a la implementación de una teoría monista en cuanto a la responsabilidad civil, y así lo deja entrever el artículo 1716⁶⁸ de dicha reforma, en donde se señala la función resarcitoria y el deber de reparar ante el incumplimiento de una obligación o de un deber de cuidado. Desde 1998, cuando se iniciaron los proyectos de reforma al C.C.A, se buscó unificar la responsabilidad civil contractual y extracontractual.⁶⁹ En este orden de ideas, la doctrina argentina ha reconocido que “existen normas que se aplican de igual manera sea la relación contractual o extracontractual, lo que implica un avance hacia la uniformidad de ambos sistemas (...)”⁷⁰.

Por otro lado, el C.C.U pone en evidencia que en el derecho civil uruguayo, se ha optado por seguir la tradición de la teoría dualista, propia del código de Vélez Sarsfield, en donde coexistan dos sistemas de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, y así lo dejan ver el artículo 1319 de dicha normativa que señala que “todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo”; en concordancia el artículo 1246 consagra lo siguiente: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos; ya de un hecho voluntario de la persona que se

⁶⁸ Artículo 1716: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>

⁶⁹ CORTÉS, Édgar. “Op. Cit.”, p. 157

⁷⁰ MOSSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS, Miguel. Responsabilidad contractual. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2007. p. 88.

encuentra obligada, como en los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos(...); Además el artículo 1342, el cual regula lo atinente al incumplimiento contractual, que reza así: “el deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable”. De lo anterior, es posible concluir que la teoría dualista se impone en el ámbito de la responsabilidad civil en Uruguay.

En conclusión, es procedente afirmar que Vélez Sarsfield, al codificar el tema de la responsabilidad civil, optó por una teoría dualista, de donde se distinguieran y se regularan de manera separada la responsabilidad contractual y extracontractual. En aquella época lo que se buscaba con el movimiento codificador era abarcar la mayoría de los temas y casos posibles, por lo que no había mayor especificidad en la reglamentación; se trataba, pues, de códigos muy generales. Esto ha llevado a que en la actualidad se busque una reglamentación más precisa. Un ejemplo de ello es la legislación argentina, donde se busca regular de manera análoga ambos regímenes de responsabilidad, lo cual nos parece acertado desde el punto de vista académico, jurídico y práctico, ya que la aplicación de una teoría monista, facilita el estudio de la responsabilidad civil, la hace más fácil de aprehender. Además, la aplicación de las normas es más sencilla, facilitándose así, no solo el trabajo del abogado, sino además, el de los jueces, y de quienes se están iniciando en el estudio del derecho; así mismo, brinda mayor seguridad jurídica dentro de un ordenamiento jurídico determinado.

5.2.2 Elementos de la responsabilidad contractual

Tanto la legislación argentina como la uruguaya han señalado cuatro elementos configurativos de la responsabilidad civil contractual, los cuales son comunes a la extracontractual, y que hacen parte del presupuesto del deber de reparar, estos son: (i) la antijuridicidad, (ii) el daño causado, (iii) relación de causalidad y (iv) factor atributivo⁷¹. Este último, es aquel que se encarga de analizar la culpa como elemento para configurar la responsabilidad, así:

El artículo 512⁷² del C.C.A vigente, señala que la culpa es la falta de diligencia, la cual debe valorarse haciendo un análisis de las conductas desplegadas por el deudor⁷³. En este orden de ideas, es procedente señalar que la legislación civil argentina, a diferencia de las codificaciones realizadas por Bello, consagra un concepto único de culpa, no hace graduaciones de la misma, y deberá analizarse en cada caso concreto si es deudor es diligente o no lo es.⁷⁴ El proyecto de Código Civil argentino de 1998, se fundamenta en un concepto único de culpa, tal y como se viene regulando en el artículo 512, con adición del elemento de “deber jurídico”, esto es, se regula de manera similar la culpa, tanto para el ámbito contractual como el extracontractual. Lo anterior, se ha mantenido en los debates sobre dicha reforma, y el proyecto actual de código civil y comercial, como se mencionó anteriormente, ratifica la unidad en el concepto de culpa y se aplica en ambos regímenes de responsabilidad.

Ahora bien, el problema recae en la falta de regulación sobre la carga de la prueba, ya que ni el C.C.A., ni el proyecto señalan normas jurídicas donde se regule la carga de la prueba de la responsabilidad; no obstante, la jurisprudencia

⁷¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel. Op. Cit., p. 64.

⁷² “la doctrina Argentina señala que el artículo 512 es general y aplicable tanto a la responsabilidad como a la contractual o extracontractual (...) un concepto único de culpa CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 158.

⁷³ CORTÉS, Édgar. “OP. Cit., p. 168.

⁷⁴ Lo anterior se mantiene en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

argentina ha señalado que “en el ámbito de la responsabilidad contractual, probada la inejecución de la obligación, la culpa del deudor se presume. En consecuencia, está a cargo de la parte incumplidora la prueba de que ese incumplimiento no le es atribuible”⁷⁵. Sobre la carga de la prueba, en un principio, la legislación argentina, “desde lo procesal se enseñó como criterio clásico que la carga probatoria era fija, es decir, que debía reposar por quien promovía la acción”⁷⁶. Sin embargo, con el paso del tiempo, se le dio cabida a la carga dinámica de la prueba, es decir, que el tema probatorio podría ser repartido entre el actor y el demandado. En el tema de responsabilidad civil contractual “se ha sostenido que es el demandante acreedor insatisfecho quien debe probar el hecho del incumplimiento”⁷⁷.

Lo anterior, muestra una que el concepto de “carga probatoria se diseñó como algo estático”⁷⁸, lo cual hoy ha cambiado con la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, doctrina que “reniega adjudicar, fatalmente y a priori, el peso probatorio que soportarán las partes (...). La carga probatoria se hace recaer sobre quien está en mejores condiciones de probar”⁷⁹. Dicha doctrina ha sido adoptada en el ordenamiento argentino, y reconocida por la jurisprudencia de dicho país. Así por ejemplo, para acreditar la culpa de un médico, al tratarse de una obligación de medios, el profesional no necesita probar el caso fortuito, pues simplemente debe acreditar la no existencia de culpa de su parte; y al paciente, quien es el actor de la pretensión le es difícil demostrar la culpa del profesional. Por ende, se considera que “el reparto de la carga probatoria poniendo la demostración de ciertos hechos

⁷⁵ CN Civ. Sala E 25/8/97 “Soria, Pablo A c. Edwac S.R.L.” LL 1998 – C- 275; DJ, 1998-2-691 (jurisprudencia Argentina)

⁷⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel. Op. Cit., p. 40.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 41

⁷⁸ PEYRANO, Jorge. Cargas Probatorias Dinámicas. Rubinzl-Culzoni editores, 2004. p. 78.

⁷⁹ BAREIRO, José Sergio. Cargas Probatorias Dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar? Dinámicas. Rubinzl-Culzoni editores, 2004. p. 100-101.

a carga del profesional, y de otros a cargo del paciente satisface el imperativo de justicia (...)”⁸⁰ estas son las reglas de la carga dinámica de la prueba.

En cuanto al C.C.U., en su artículo el artículo 1344 establece que “se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve”. De lo anterior, puede observarse que se trata de graduar la culpa, tal y como sucede en los códigos de Bello; sin embargo, queda corto en cuanto a que solo trató la culpa leve basada en un modelo abstracto de comportamiento del deudor. Por ello, puede señalarse que “el código civil uruguayo dice simplemente que la culpa es la falta del debido cuidado o diligencia; introduce a continuación la graduación de la culpa al decir que ella puede ser grave o leve, y desemboca en el criterio de utilidad del contrato, aunque al parecer presenta un criterio para evitarlo, pues dice que en todos los casos el deudor responderá por culpa leve”⁸¹. Por ende, se puede concluir que la graduación de la culpa en el sistema jurídico uruguayo, casi que se desconoce o simplemente “borra la referencia de la conducta media de un modelo abstracto, que de todas formas se mantiene como punto de referencia”.⁸² En este orden de ideas, la doctrina uruguaya ha entendido que, si bien se acepta la existencia de un modelo abstracto del buen padre de familia, el análisis del mismo debe hacerse con referencia de la naturaleza y de la circunstancias del contrato, es decir, dicha diligencia puede ser variable, y corresponderá al juez, señalar si el deudor de la obligación actuó con base en los estándares de un buen padre de familia o, por el contrario, su actuar fue negligente y por ende, deberá responder por su incumplimiento.

⁸⁰ ALEGRE, Juan Carlos. Cargas Probatorias Dinámicas en el derecho de daños. Dinamicas.Rubinzl-Culzoni editores, 2004. p. 449-450.

⁸¹ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 158.

⁸² *Ibíd.*, p. 172.

En conclusión, puede observarse que ambas legislaciones consagran los mismos elementos de responsabilidad civil contractual y, además, le dan un tratamiento similar a la culpa, ya que consideran que es procedente hablar de un concepto único de culpa.

5.2.3 Obligaciones de medios y resultados

Ahora bien, al analizar la responsabilidad contractual, la legislación argentina no ha consagrado en sus disposiciones la clasificación de las obligaciones de resultado y de medios. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado la existencia de este tipo de obligaciones. “Se afirma, en consecuencia, que en las obligaciones de medios el incumplimiento equivale a la culpa del deudor, porque estando precisado de prestar una conducta diligente, la inejecución de la obligación consistirá en actuar de manera culpable. En los deberes de fines, en cambio, resultará indiferente la existencia de la culpa por parte del deudor, pues para cumplir requerirá alcanzar el resultado prometido”⁸³. En conclusión, las obligaciones de resultado no imponen un análisis la existencia de culpa, si no que basta probar el no cumplimiento; no ocurre esto en las de medios, en donde la culpa pasa a ser un elemento esencial para demostrar la responsabilidad y en consecuencia, la indemnización⁸⁴. Esto último, no debe confundirse con un “nuevo significado de culpa”, es decir, el incumplimiento en las obligaciones de medios debe acreditarse mediante la demostración de la culpa por parte del deudor, pero no únicamente hay que demostrar la culpa: es necesario acreditar los demás elementos de la responsabilidad civil contractual.

El tema probatorio, por otro lado, es un tema complejo, especialmente en las obligaciones de medios y de resultado, por lo que la doctrina argentina ha

⁸³ PIZARRO Wilson, Carlos (Coordinador). “El derecho de los contratos en Latinoamérica.” Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012. p. 81.

⁸⁴ Sin embargo, otro sector de la doctrina argentina considera que “la clasificación binaria (obligaciones de medios y resultados) no resulta suficientemente elástica para abarcar todos los matices que en la práctica presenta”: *Ibíd.*, p. 81.

señalado que “siempre el deudor promete un cierto resultado que, no alcanzado, obliga a demostrar el porqué de la frustración”⁸⁵. Es este un aspecto relevante frente a lo mencionado en la parte general, en relación con las obligaciones de medios y resultado: parece que la doctrina argentina reciente, en cierta medida, está de acuerdo con el planteamiento realizado en cuanto a que la importancia de esta distinción radica en el cumplimiento.

Al igual que la jurisprudencia y doctrina argentinas, en Uruguay se ha reconocido mediante dichas fuentes de derecho, la existencia de las obligaciones de medios y de resultado, las cuales se han relacionado directamente con la imputación, en cuanto a que puede decirse que hay incumplimiento de una obligación de medios cuando es subjetiva, es decir, se analiza la conducta del deudor; mientras que en las de resultado se relacionan con el incumplimiento objetivo, ya que basta el no llevar a cabo la prestación pactada para estar frente a una responsabilidad contractual. No obstante, un sector minoritario de la doctrina uruguaya ha sido crítico de esta clasificación ya que consideran que “dicha herramienta teórica aumentó excesivamente la discrecionalidad del juez, pues le basta considerar que una obligación es de resultado, para que se dé una imputación objetiva en la cual el deudor solo se puede exonerar demostrando un caso fortuito”⁸⁶. Lo cierto es que dicha clasificación es aplicada en gran parte de la jurisprudencia uruguaya, y son pocos los juristas disidentes de la misma en dicho país.

5.2.4 Incumplimiento

En cuanto al incumplimiento, se ha señalado que basta que no se satisfaga la prestación debida para que se esté ante un incumplimiento, no obstante no siempre que se está frente a un incumplimiento de una obligación puede hablarse de responsabilidad contractual; por ende, para que sea procedente la aplicación de algunas acciones, es necesario que el incumplimiento “sea grave como

⁸⁵ MOSSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS, Miguel. Op. Cit., p. 42.

⁸⁶ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 532.

condición de procedencia de algunos remedios específicos”⁸⁷. Sobre lo anterior, la misma jurisprudencia y la doctrina han señalado unos criterios objetivos para establecer cuándo el incumplimiento puede considerarse grave, para que el acreedor promueva la resolución del contrato. Estos criterios apuntan a que el incumplimiento debe afectar de manera sustancial la obligación, y debe provocar efectos graves en relación al contenido esencial del contrato disminuyendo el interés del acreedor en la ejecución ulterior.⁸⁸

En este orden de ideas, la legislación argentina ha señalado algunas herramientas jurídicas que se denominan “remedios” contractuales, los cuales puede hacer valer el acreedor para exigirle al deudor el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Entre estas se encuentran como se mencionó previamente, el cumplimiento forzado en especie o por su equivalente en dinero, la resolución del contrato, la excepción de incumplimiento contractual y el resarcimiento de los daños y perjuicios, siendo éste último el único relacionado con los elementos de la responsabilidad. Igualmente, hay casos específicos donde se permite acumular varios de los “remedios” expuestos previamente, en cuanto a la responsabilidad contractual que se encuentra regulada en la Ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) en donde se señala en su artículo 10 que ante el incumplimiento del contrato o de la oferta, el consumidor podrá exigir al proveedor el cumplimiento, o rescindir el contrato, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios.

Ahora bien, el C.C.U define en el artículo 1342 el incumplimiento como “la falta de cumplimiento de la obligación o la demora en la ejecución”, de lo cual, es dable afirmar que implícitamente se puede distinguir entre el incumplimiento total y el parcial (que incluye la demora en la ejecución). La doctrina y la jurisprudencia uruguayas⁸⁹, ha distinguido en el incumplimiento total, dos subclasificaciones: (i) el incumplimiento definitivo, y (ii) el incumplimiento temporal, por el primero ha de

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 82

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 83

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 531.

entenderse aquel incumplimiento en el cual la prestación pactada ya no puede cumplirse o ya no satisface el interés o necesidad del acreedor; mientras que la segunda, es aquel incumplimiento en donde la prestación es posible de ejecutar, y ocurre antes de la mora.

En conclusión, se puede señalar que el incumplimiento, en ambas legislaciones debe ser esencial, debe estar estrictamente relacionado con la naturaleza del contrato. Así mismo, en ningún ordenamiento se define, en estricto sentido, el concepto de incumplimiento, por ende, es necesario recurrir a las interpretaciones de las disposiciones referidas al cumplimiento contractual, para definir los escenarios en los cuales puede hacerse alusión al concepto incumplimiento, lo cual sucede con la mayoría de los sistemas jurídicos que se analizarán a continuación.

5.3 CÓDIGOS ANDRES BELLO (CHILE/COLOMBIA)

5.3.1 Régimen de responsabilidad civil

En el C. C. Ch encontramos que el Título XII del libro IV se denomina “Del efecto de las obligaciones” haciendo de esta manera referencia a la responsabilidad contractual. Bajo lo aquí estipulado se debe entender que el incumplimiento del contrato genera para el acreedor de la obligación incumplida el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios, salvo que pueda justificarse por la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.⁹⁰ Por otro lado encontramos el título XXXV, “De los delitos y cuasidelitos” bajo el cual vale la pena resaltar el artículo 2314, equivalente al 2341 del C.C.C, el cual afirma que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” De esta

⁹⁰ TERRE, F., SIMLER, Ph. y LEQUETTE, Y. Droit civil. Les obligations. Paris, 8a ed., Dalloz, 2002. No 558, p. 538.

manera se hace evidente que la legislación chilena ha adoptado una posición dualista frente a la Responsabilidad Civil y por lo tanto hay lugar a hacer la distinción entre contractual y extracontractual. Al respecto hay quienes consideran la responsabilidad contractual como la regla general, otros como Pablo Rodríguez, divergen de esta posición⁹¹.

De igual manera la legislación civil colombiana ha adoptado una posición dualista, en donde se trata de manera diferenciada lo referido a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1008/10 ha señalado que “En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes⁹²”. Sin embargo, existen algunos autores que afirman que, pese a lo anterior, la tesis monista terminará imponiéndose⁹³. En este sentido, se señala que esta dicotomía es un error, y que además “nuestra jurisprudencia, sin mayor análisis, viene afirmando que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones se rige por reglas del título XII, al paso que la aquiliana se gobierna por la preceptiva del XXXIV, cuando lo cierto es que en ambos títulos se encuentran normas aplicables indistintamente en toda hipótesis de responsabilidad (...)”⁹⁴. Lo anterior, es un indicio acerca de la fuerte tendencia doctrinaria del territorio colombiano para lograr una unificación interna, tal y como lo han consagrado distintos sistemas jurídicos ya unificados, como por ejemplo, Suiza, Cuba y Holanda, ordenamientos que han optado por tratar de forma homogénea la responsabilidad civil. Sin embargo, que exista una fuerte tendencia

⁹¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 208-212.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008/10. MP: Luís Ernesto Vargas Silva. Además, puede consultarse autores como Santos Ballesteros y Javier Tamayo Jaramillo.

⁹³ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit., p. 32 y 33.

⁹⁴ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. Cit., p. 89

no significa que se esté frente a una posición monista, la realidad es clara en señalar que en nuestro ordenamiento jurídico estamos frente a una teoría dualista.

5.3.2 Elementos de la responsabilidad civil contractual

Entre los requisitos para poder hablar de un incumplimiento contractual imputable al deudor y por tanto de responsabilidad civil contractual, la doctrina mayoritaria, en el derecho chileno, ha considerado el elemento de la imputación subjetiva como requisito necesario para configurar el incumplimiento contractual. Se afirma entonces que el incumplimiento debe provenir de una actuación dolosa o negligente del deudor que implique la inejecución total, parcial o tardía del contrato, y en su consecuente daño para el acreedor.⁹⁵ La jurisprudencia se ha pronunciado de igual manera a propósito de la procedencia a la resolución por incumplimiento y las acciones indemnizatorias de daños:

... cuatro son los requisitos que copulativamente deben concurrir para que el acreedor demandante y apelante de autos, tenga derecho a exigir la indemnización de perjuicios anexa al acaecimiento de la condición resolutoria tácita cumplida, sea esta moratoria o compensatoria: a) la infracción de la obligación, sea por no haberse cumplido o porque se ha cumplido en forma imperfecta o tardía, según lo previsto en el artículo 1556 Código Civil, b) la imputabilidad de los perjuicios al deudor, es decir, que ellos se deban a culpa o dolo y no ha hechos extraños, como la fuerza mayor o caso fortuito, c) la interpelación hecha por el acreedor al deudor, esto es que lo haya constituido en mora y d) que obviamente la infracción de la obligación origine perjuicios al acreedor.⁹⁶

Como se puede observar, en materia procesal, parece haber una dependencia de la acción indemnizatoria a la acción resolutoria o de ejecución forzada. Esta es, en efecto, la posición mayoritaria de acuerdo con la cual la acción indemnizatoria no opera como pretensión autónoma o directa. Existen sin embargo, quienes están en contra de esta postura y argumentan que “el artículo 1489 del C.C.Ch en

⁹⁵ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 349.

⁹⁶ CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA. Corporación habitacional. San Lorenzo S.A., Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de julio de 2005, rol No 204-05, numero identificador Legal Publishing 36693.

ningún caso prohíbe al actor impetrar una demanda de indemnización de perjuicios en forma directa; sólo ha establecido que ya sea que se solicite la resolución o el cumplimiento procederá también la reparación de daños.”⁹⁷

Lo anteriormente mencionado deja entrever el papel fundamental que juega la culpa como elemento de la responsabilidad contractual en el ordenamiento chileno, consagrado en el artículo 44 C.C.Ch. Siendo esto último relevante para el análisis de la culpa en las obligaciones de medios y de resultado, la cual ha sido regulado por la legislación chilena en el artículo 44⁹⁸ donde se gradúa la culpa en lata, leve y levísima, así:

... la ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave (...) culpa lata es la que consiste en no manejar negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa Leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...) esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (...) Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (...).

En este sentido, es posible afirmar que aquellos códigos que se fundamentan en la codificación realizada por Bello, establecen “modelos abstractos de comportamiento a los que debe remitirse el intérprete de la norma frente al caso concreto”⁹⁹.

En concordancia con lo anterior, la misma normatividad señala en el artículo 1547 que “el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los

⁹⁷ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). “Op. Cit., p.361.

⁹⁸ Equivalente al artículo 63 del C.C.C donde se hace la distinción de las tres especies de culpa.

⁹⁹ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 171

contratos en que el deudor es el único que reporta beneficios”. Así lo corrobora la jurisprudencia chilena:

Esta vinculación se rige por las normas relativas a los actos y declaraciones de voluntad de los artículos 1445 y siguientes del Código Civil y particularmente la del artículo 1547, conforme al cual el deudor es responsable de la culpa leve cuando el contrato es en beneficio recíproco de las partes y la prueba de la diligencia o cuidado corresponde al que ha debido emplearlo. Por tanto, hay una presunción de responsabilidad del deudor que éste debe desvirtuar, acreditando que ha empleado el debido cuidado.¹⁰⁰

Esta disposición señala quién tiene la carga de la prueba: quien ha debido emplear la diligencia. Al respecto cabe mencionar que de acuerdo con Bello esa “diligencia guarda relación con los grados de culpa, pues ya al definir tales grados habla de la culpa siempre en relación con la diligencia, haciendo referencia a la diligencia media del buen padre de familia.”¹⁰¹

Autores como Javier Tamayo Jaramillo han señalado que la relación entre obligaciones de medios y de resultado y la culpa es muy clara en el derecho francés, ya que en este sistema jurídico existe un concepto unitario de culpa. Sin embargo, considera que en la legislación colombiana, en donde se regula una clasificación tripartita de la culpa, tal y como sucede en el derecho civil chileno, hay que tener en consideración lo siguiente:

De la interpretación del artículo 1604 del C.C.C, es procedente afirmar que cuando el mismo señala que *“el deudor no es responsable sino de culpa lata (...) es responsable sino de culpa leve y (...) es responsable por culpa levísima”*, se debe afirmar que en Colombia solo existen obligaciones de medios. Ahora, en el inciso tercero de dicha disposición reza *“la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”* puede afirmarse que todas las obligaciones son de resultado. En conclusión, Javier

¹⁰⁰ CHILE. CORTE DE APELACIÓN. Primera Sala... Fallo No 7008-2009 del 25 de Mayo de 2011.

¹⁰¹ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p.155.

Tamayo Jaramillo concluye que "el artículo 1604 generaliza mal cuando afirma que en todos los aspectos del contrato del deudor responde por un determinado grado de culpa. Lo lógico es averiguar en cada caso concreto qué tipo de obligaciones principales y accesorias contrae el deudor, para saber hasta qué punto puede exigirse la mayor o menor diligencia y como se puede exonerar de la responsabilidad que pesa en su contra."¹⁰² Lo anterior, es viable aplicarlo a la legislación chilena, que consagra la graduación de culpa en el ámbito contractual con idéntica redacción.

En cuanto al régimen de responsabilidad civil contractual, en el derecho civil colombiano se han señalado los siguientes elementos que la conforman, y por ende, que surja una obligación de indemnizar por parte del deudor, los cuales son: un perjuicio, una culpa contractual y un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, todo lo cual, debe girar en torno a un contrato válidamente celebrado entre las partes. Por ser este un aspecto que no se encuentra regulado legalmente, la jurisprudencia colombiana ha señalado como elementos comunes entre la responsabilidad contractual y extracontractual que:

... deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa (...) un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses de la víctima(...) una relación de causalidad entre el daño y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación, y finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva(riesgo)¹⁰³.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido estos elementos. Sin embargo, sobre la culpa se ha discutido sobre si es o no un elemento indispensable de la responsabilidad contractual. Pero para poder tomar posición en esta discusión es necesario plantear una definición de culpa. En este orden de ideas, la doctrina entiende la culpa contractual como "el dolo, la imprudencia, la impericia, la

¹⁰² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 440.

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 2012.

negligencia o la violación de los reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente con su obligación”¹⁰⁴.

Al igual, que la legislación chilena, el derecho positivo colombiano en el tema de la culpa ha optado por realizar la clasificación de la culpa teniendo en cuenta un modelo abstracto de comportamiento, y así se encuentra regulado en su artículo 63 CCC:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, (...) es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Sin embargo, un sector importante de la doctrina colombiana, ha sido crítico de la graduación de la culpa¹⁰⁵, ya que “consideran que no es un principio general y dice además que frente a la cantidad de excepciones que permite sería plausible la determinación de un solo concepto, con lo que, como es de suponerse desaparecería la estimación de patrón de conducta, para optar por una culpa in concreto, ligada a las circunstancias particulares de cada caso”¹⁰⁶. En este sentido, se ha señalado por la doctrina que:

... la determinación de del grado de diligencia y cuidado en la ejecución de los actos jurídicos y de las obligaciones, mediante la aplicación de una teoría fundada en la falsa interpretación de otra legislación modelo(...) no satisface las necesidades prácticas, a la vez que entorpece y dificulta la

¹⁰⁴ TAMAYO Jaramillo, Javier. Op. Cit., p. 407.

¹⁰⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Op. Cit., p. 247. Donde señala que “Somos partidarios de una noción unitaria de la culpa y creemos innecesaria la graduación de la culpa o división tripartita de culpa”.

¹⁰⁶ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p.172

labor judicial (...); la teoría en que se dividen las culpas en muchas clases sin poder determinarlas no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias¹⁰⁷.

En conclusión, solo en algunos casos la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual, así por ejemplo, cuando se trate de responsabilidad por cumplimiento imperfecto por parte de un médico, mientras que en otros casos, se está en un escenario de responsabilidad sin culpa, es decir, responsabilidad objetiva, como sucede en los casos de transporte aéreo de pasajeros, donde basta la existencia del incumplimiento de una obligación para hablar de responsabilidad civil contractual¹⁰⁸.

5.3.3 Obligaciones de medios y resultados

En el derecho chileno de los contratos, un segmento de la doctrina acoge la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado adquiriendo así la el incumplimiento diferentes formas de configurarse. Frente a la primera “el incumplimiento se configura cuando el deudor no ha utilizado la diligencia debida en la ejecución del contrato”¹⁰⁹; mientras que en la segunda, basta la no satisfacción del fin contratado, para que el deudor sea responsable del incumplimiento. En concordancia, la ley civil en este país no ha regulado de forma expresa la clasificación de obligaciones en medios y de resultado. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado esta clasificación, entendida la obligación de medios, como aquella que se preocupa por la diligencia que ha desempeñado el deudor en búsqueda de cumplir con la obligación prometida, sin que requiera conseguir el resultado final buscado por el acreedor, le basta al deudor con haber empleado la mayor diligencia posible para lograrlo; mientras que las de resultado, si exigen el logro efectivo del fin prometido en el contrato celebrado por las partes. Esto último sólo hace referencia al

¹⁰⁷ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. Cit., p. 105.

¹⁰⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 408 a 411.

¹⁰⁹ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 349.

incumplimiento ya que el elemento de imputación subjetiva, como se mencionó previamente, es requisito necesario para configurar el incumplimiento contractual.

Al igual que en Chile, “en el derecho colombiano no existe norma jurídica que consagre las obligaciones de medios o de resultado; son meras distinciones adoptadas por nuestro sistema de jurisprudencia. Se ha mantenido esta clasificación solo con fines de determinar el contenido y el alcance de las obligaciones (...)”¹¹⁰. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado que “la clasificación de las obligaciones de medio y resultado ha surgido de la doctrina francesa, y en Colombia se ha utilizado para delimitar el marco de la responsabilidad contractual, imponiéndole al acreedor la carga de demostrar que el deudor no fue cuidadoso o diligente”¹¹¹. Se establece así cuando la obligación es de resultado, con un objetivo puramente material, la simple inejecución de la obligación da lugar al pago de daños y perjuicios. Por el contrario, existen relaciones en las que no solo importa el resultado material sino la conducta desplegada por el deudor, en estos casos se exige una valoración de la conducta del mismo para determinar su culpa, siendo estas las obligaciones de medios.

Bajo esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de la responsabilidad, que puede ser de culpa probada, caso en el cual la carga de la prueba la tiene el demandante, o culpa presunta donde a al demandado le corresponde probar lo contrario. Por el contrario, las obligaciones de resultado dan lugar a un régimen objetivo de la responsabilidad lo cual implica que el acreedor insatisfecho no deberá probar la culpa del deudor y que este último tampoco se eximirá demostrando la ausencia de la misma.¹¹² En lo referente a este tema, se dice que en los últimos años “tanto el legislador como los

¹¹⁰ RUEDA María del Socorro. Op. Cit., p. 52.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de Noviembre de 1986. M.P: Héctor Gómez Uribe.

¹¹² PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 269.

jueces han aumentado de forma considerable el número de obligaciones de resultado de hacer (...) Así, pues, se consideran obligaciones de resultado las del transportador (art. 992, 1003 y 1030 del Código de Comercio), el depositario comerciante (art.1171 del Código de Comercio), las entidades financieras que prestan el servicio de cajillas de seguridad (art. 1417 del Código de Comercio), etc.”¹¹³

5.3.4 Incumplimiento

El C.C.Ch, no consagra una definición general de incumplimiento. Sin embargo, varias de sus disposiciones permiten inferir dicho significado. Entre ellas el artículo 1556 inciso primero que reza “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”; así pues, la normatividad chilena consagra como incumplimiento el dejar de efectuar las obligaciones de un contrato perfectamente celebrado entre las partes, de cualquier forma y admite como incumplimiento la realización de las prestaciones debidas de manera retardada. En este sentido, puede afirmarse que en la práctica jurídica es muy discutido lo que se considera incumplimiento. Por ello, en los párrafos siguientes podremos establecer cuándo se está frente a esta figura, lo cual es esencial en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Adicionalmente, se ha señalado que el incumplimiento contractual debe afectar efectivamente la esencia del contrato, es decir, “es inaceptable sostener que cualquier incumplimiento, por insignificante que sea, sea apto para desencadenar el remedio de la resolución”¹¹⁴. Por ende, es necesario que el incumplimiento sea esencial para el tipo de contrato y las obligaciones allí pactadas. Ahora bien, se presenta la discusión acerca de cuáles son los criterios para señalar que el

¹¹³ *Ibíd.*, p. 270.

¹¹⁴ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). *Op. Cit.*, p. 351

incumplimiento es “grave”. Un sector de la doctrina responde que será el juez quien examinará cada caso, y analizará el contrato, y del mismo, el cumplimiento de la buena fe objetiva¹¹⁵. Así mismo, la jurisprudencia chilena ha consagrado varios criterios, como por ejemplo “la repercusión o impacto que el incumplimiento produce en la finalidad económica que llevó a las partes a contratar”¹¹⁶, igualmente “la ley le impone al juez la apreciación de si tal situación es o no lo suficientemente grave como para justificar la destrucción completa del contrato”¹¹⁷. Además, existen otros criterios, como por ejemplo, el empleado por la Corte Suprema el 19 de mayo de 2008, donde señala que una obligación esencial del contrato de arrendamiento es la entrega al arrendatario del bien en condiciones aptas para lo que fue arrendado. En concordancia, la doctrina ha establecido que “la infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: (i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato (...), (ii) cuando el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento del deudor, y (iii) por la voluntad de las partes”¹¹⁸. Por ende, es posible concluir que no existe un criterio único para definir la esencialidad en el incumplimiento, sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina chilena han consagrado diversos criterios que permiten interpretar dicho concepto. No obstante, para nosotros la incidencia del juez, del árbitro o cualquier equivalente jurisdiccional que decida sobre un conflicto de incumplimiento contractual, deberá analizar cada caso en concreto para establecer si es o no esencial.

En la legislación colombiana, tampoco existe definición legal del incumplimiento de obligaciones contractuales y de la misma manera que en el derecho chileno algunos artículos nos permiten determinar en qué consiste dicha noción. Muy

¹¹⁵ FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. p.313. Citado en: PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 351

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 352

¹¹⁷ CHILE. CORTE SUPREMA. Sentencia del 24 de Julio de 2007.

¹¹⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La noción del incumplimiento esencial en el código civil”. *En*: Revista de derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso. Valparaíso, Chile: 2009. p. 222.

similar al artículo 1556 del C.C.Ch., el artículo 1613 C.C.C.¹¹⁹ establece, “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.” Por otro lado, frente al carácter esencial, grave o relevante del incumplimiento, al igual que en la legislación chilena la legislación colombiana no se ha pronunciado al respecto. Ha sido la jurisprudencia la que ha dicho: “En todo caso analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o , en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.”¹²⁰ En consecuencia, la Corte ha considerado que en aquellos casos en los que se pide la resolución del contrato, es deber del juez “detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión aducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.”¹²¹

En cuanto a los remedios frente al incumplimiento contractual, en la legislación colombiana se consagran en términos generales los mismos mencionados en la parte general de este trabajo, estos son: la resolución del contrato ya mencionada,

¹¹⁹ También tener en cuenta el artículo 1614 C.C.C. “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de diciembre de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

¹²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7451.

la ejecución forzosa, la indemnización de perjuicios e intereses y la excepción de inejecución. Ésta última implica que ninguno de los contratantes ha dejado de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla su parte, esto de acuerdo con el artículo 1609 del C.C.C. Cabe resaltar que no existen diferencias significativas entre los principales remedios al incumplimiento consagrados en el régimen civil y mercantil.

En relación con estas acciones, debemos tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 1757 C.C.C.¹²², la carga de la prueba del incumplimiento por regla general es de quien la alega. Sobre dicha regla general, el nuevo código general del proceso, en su artículo 167 ha señalado la carga dinámica de la prueba, esto es el juez, de oficio o a petición de parte, podrá distribuir la carga exigiendo probar un determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportarla. Es decir, que si bien la norma sustancial puede llegar a establecer sobre quién recae la carga de la prueba como en el caso del artículo 1604-3 C.C.C., el juez haciendo uso de las facultades conferidas por la norma procesal antes mencionada, podrá determinar qué una persona diferente a la señalada por la norma sustancial aporte la prueba teniendo en cuenta que se encuentra en una situación más favorable.

5.4 CODIGOS TEIXEIRA DE FREITAS (PERÚ/BRASIL)

Teixeira de Freitas, al igual que Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, fue un jurista de gran incidencia y formación romanista. Sobre el trabajo realizado por éste se aprobó en Brasil, el Código Civil en 1916, legislación que estuvo vigente en dicho país hasta el año 2003, a partir del cual, entró en vigencia el nuevo código civil.

¹²² COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Artículo 1757: “Incumbe probar las obligaciones o si extinción al que alega aquella o ésta.”

La legislación civil peruana, “a diferencia de Chile, que tuvo en Andrés Bello a un gran codificador, o de Teixeira de Freitas en Brasil, o de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, en Perú la labor codificadora fue como es de apreciar, una obra colectiva, que se encargó a una junta de codificadores”¹²³ para su realización. “Así, a diferencia de otras experiencias latinoamericanas, en el Perú, prevalecieron dos características: a) el trabajo colectivo, b) una comisión codificadora omnisciente”¹²⁴. Lo anterior con respecto al C.C.P de 1852, sin embargo, en 1936, “el nuevo” C.C.P, estuvo influenciado, en gran parte por el C.C.B de 1916, proyecto elaborado por Teixeira de Freitas, del cual se mantienen diversos aspectos en el C.C.P de 1984, que también tiene incidencia del código civil italiano de 1942.

5.4.1 Régimen de responsabilidad civil

Al igual que los demás países estudiados, la legislación civil peruana han realizado la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. Los artículos 1351 y siguientes consagran lo atinente a los contratos y a la responsabilidad de reparar a quien incumpla dicha fuente de obligaciones; Mientras que en los artículos 1969 y siguientes se señalan la responsabilidad de quien, con culpa o dolo, cause un perjuicio en el otro. Lo anterior lo ratifica el Tribunal Constitucional del Perú:

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber

¹²³ RAMÓN NUÑEZ, Carlos. Historia del derecho civil peruano: siglos XIX-XX. Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, 2005. p. 181.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 182

jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”¹²⁵.

Esta dicotomía entre responsabilidad objetiva y subjetiva se ha tipificado en varias leyes especiales. Así, por ejemplo, además del régimen general de la culpa, la Ley 27181: Ley General del Transporte y Tránsito Territorial, señala en el artículo 29 que la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito causados por vehículos automotores será una responsabilidad objetiva; y el artículo 1321 del C.C.P afirma que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o leve”.

En el ordenamiento jurídico brasileiro encontramos que tradicionalmente se ha adoptado una posición dualista de la responsabilidad, es decir se ha hecho la división en responsabilidad civil contractual y extracontractual, la cual suele ser explicada en los manuales de derecho civil brasileiro a partir de las diferentes fuentes de las cuales se desprende el deber de indemnizar, similar a la generalidad de los ordenamientos jurídicos vistos hasta el momento. De igual manera en el nuevo C.C.B. es posible vislumbrar dicha distinción: encontramos que entre los artículos 389 y 405 se hace referencia a la responsabilidad civil contractual en tanto los artículos entre el 186 al 188 y el 927 al 954 se encargan de regular la responsabilidad civil extracontractual.¹²⁶ No obstante en Brasil se trata de un tema muy criticado por varios doctrinantes quienes parecen estar más de acuerdo con la teoría monista, entre ellos el profesor Carlos Mario da Silva Pereira, ya que consideran que la diversidad de fuente que da lugar a la indemnización de perjuicios no es suficiente para una separación de regímenes. Como consecuencia de ello se buscó un criterio unitario de culpa, siendo entonces este un presupuesto común de ambos regímenes de responsabilidad civil, esto en razón de un mismo fundamento que da lugar a la indemnización: la violación

¹²⁵ PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 0001-2005- PI/TC 20 de Julio de 2006.

¹²⁶ BRASIL. CÓDIGO CIVIL. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil. p. 110.

normativa, legal o convencional. Otro de los detractores es Paulo Nalin, partidario de una teoría ecléctica, quien pese a reconocer algunas diferencias técnicas entre los dos tipos de responsabilidades, no considera que haya fundamentos suficientes para dicha distinción. Al respecto ha dicho:

... a corrente eclética observa a existência de um sistema unitário em seus elementos fundamentais: existência de culpa, dano e nexo causal entre dano e ato culposo. Reconhece-se, por outro lado, especificidades técnico-legais de cada qual, mas sem força para se poder apontar a existência de dois ramos de responsabilidade completamente distintos. (...) Parece assistir razão aos ecléticos (Nalin, 1996, p.70).¹²⁷

Hay autores quienes, con el fin de reforzar su postura crítica frente al binomio de responsabilidades, encontraron una serie de situaciones que se podría decir se encontraban en una zona gris, esto es ni como parte de la responsabilidad civil contractual ni la extracontractual. Entre ellas se menciona la culpa *in contrahendo*, con ocasión del deber de indemnizar en razón de faltas cometidas en un periodo previa a la constitución de la relación obligacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la culpa es un elemento centralizador de una noción general de responsabilidad, no se puede dejar de lado que el deber de indemnizar proveniente de una imputación también puede tener como fundamento el riesgo. Pues de acuerdo con la doctrina brasilera si antes el elemento primordial de la responsabilidad era la culpa, hoy en día lo importante es el deber de indemnizar el daño. Es así como no siempre la imputación del deber de indemnizar recae sobre el responsable sino el daño. Incluso se ha llegado a decir que la disciplina de la responsabilidad civil debería de denominarse mejor el “derecho de los daños”.

Son varios los modernos movimientos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que han sentado las bases sobre esta nueva concepción de la responsabilidad civil también denominada “teoría general de la reparación”. Su fundamento es la unidad conceptual de la responsabilidad civil, a partir de la concepción del daño

¹²⁷ *Ibid.*, p. 113.

como centro de referencia del sistema resarcitorio, cualquiera sea la naturaleza jurídica del deber violado que la origina, reclama un régimen unificado de reparación”¹²⁸.

5.4.2 Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual

En la legislación peruana, se han consagrado los siguientes elementos constitutivos de responsabilidad civil contractual: (i) la imputabilidad, entendida como la capacidad del sujeto para hacerse responsable civilmente; (ii) el daño, esto es, el detrimento de un interés jurídico tutelable; (iii) factor de atribución, bien sea subjetivo (culpa o dolo) u objetivo; y (iv) un nexo causal.¹²⁹

Ahora bien, en cuanto al factor de imputación, la doctrina y la legislación peruana han consagrado la culpa como elemento de la responsabilidad civil contractual, más específicamente en el artículo 1314 C.C.P que afirma que “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. En consecuencia, “los artículos 1319 y 1320 del C.C.P distinguen la culpa inexcusable (grave) y leve (omisión de la diligencia ordinaria), sin que tal graduación afecte la responsabilidad, pues se dice que queda sujeto a indemnizar, quien no ejecute sus obligaciones (...)”¹³⁰. De lo anterior, es importante resaltar que la legislación peruana no establece modelos abstractos de comportamiento, como el “buen padre de familia”, para determinar el grado de diligencia de un sujeto en pro del cumplimiento o no de una obligación contractual; lo anterior lo corrobora el artículo 1321 del C.C.P, el cual señala que: “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus

¹²⁸ BANCHIO.E.C. “Principales reformas introducidas en materia de responsabilidad civil (según proyecto de la Comisión Federal 1993)”. En: BUERES, A.J. y KEMELMAJER DE CARLUCCI. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 95-103. Citado por: MOLINARI Valdés, Aldo. “De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil”. Santiago, Chile: LexisNexis, 2004. p. 17.

¹²⁹ ESTRELLA, Yrma Flor. El nexo causal en los procesos de responsabilidad civil extracontractual. Tesis para magister en derecho con mención en derecho civil y comercial. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor San Marcos, 2009. p. 45 - 90.

¹³⁰ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 165

obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; en concordancia, el artículo 1969 del mismo código afirma que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Por consiguiente, podemos afirmar que a diferencia de los regímenes civiles de Bello, en el sistema peruano no se hace una clasificación de la culpa, basada en modelos abstractos como el “buen padre de familia”, sino que simplemente consagran tipos de culpa en el ámbito contractual, esto es la leve e inexcusable, y otro, para la responsabilidad extracontractual, bajo el concepto de “riesgo creado”, esto es el incumplimiento de un deber jurídico, que implique daño en el bien ajeno.

Ahora bien, en el ámbito contractual, el artículo 1329 del C.C.P consagra una presunción de incumplimiento, así: “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso, obedece a la culpa leve del deudor”. En concordancia, el artículo 1330 de dicho cuerpo normativo reza “la prueba del dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. De lo anterior, es posible resaltar que el ordenamiento jurídico peruano, en lo atinente a la culpa contractual, la ha consagrado como elemento esencial de responsabilidad, y además, la gradúa en dos tipos de culpa, leve e inexcusable, sobre las cuales se puede señalar que la leve se presume ante cualquier incumplimiento de la obligación, y será el deudor quien demuestre alguna causal de exoneración de culpa, por ejemplo caso fortuito; mientras que la grave, deberá ser alegada y demostrada por quien se ha visto perjudicado, esto es el acreedor de la obligación contractual.

En cuanto al ordenamiento jurídico brasilero, se han establecido como elementos de la responsabilidad civil contractual (i) la existencia de un contrato válido, (ii) la inejecución de la obligación, (iii) la existencia de un daño y un nexo causal y por último, (iv) el elemento de imputación. El primero de estos elementos es evidentemente necesario para que haya lugar a la responsabilidad civil

contractual, es la fuente misma de la obligación de reparar en caso de incumplimiento, siendo este el segundo elemento. Al respecto cabe resaltar que de manera semejante a los demás ordenamientos estudiados este incumplimiento puede ser total o parcial. En cuanto al tercer elemento cabe mencionar el artículo 403 del nuevo C.C.B, el cual hace referencia al nexo causal exigiendo que entre la inejecución y el daño haya una relación directa e inmediata. Esto implica que el daño debe ser consecuencia necesaria del incumplimiento.

En lo referente al cuarto elemento, el C.C.B de 1916, “no definía la culpa ni tampoco presentaba una graduación de la misma (...) consagró un criterio de responsabilidad vinculado al interés de las partes del contrato”¹³¹, tal y como se consagraba en su artículo 1057 que reza “*nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo aquele a que nao favoreca. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa*”. En este sentido, puede observarse que la legislación brasilera consagraba un criterio unitario de culpa, y así se mantuvo en el nuevo C.C.B de 2003, tal y como se puede señalarse en el artículo 392 el cual afirma que “*nos contratos benéficos, responde por simple culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem nao favoreca. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as excecoes previstas em lei*”. Teniendo esto en cuenta, se ha dicho que por regla general el derecho contractual brasilero exige la culpa del deudor como elemento para la configuración del incumplimiento

En concordancia con lo anterior, desde el código de 1916, la doctrina brasilera ha discutido la necesidad o no de la intencionalidad en el incumplimiento, como elemento de imputación de responsabilidad, ya que se afirma que la legislación de este país se separó de la graduación subjetiva de responsabilidad, pues cuando se fijó el principio de imputación, tiene presente el incumplimiento objetivo: la culpa como elemento y patrón de conducta, mas no como una intencionalidad. Este

¹³¹ *Ibid.*, p. 163

sector de la doctrina, considera que para que pueda hablarse de culpa, debe existir una norma anterior que determine una conducta y luego, una acción que desconozca la misma, lo cual, permite deducir que se considera la culpa como un concepto objetivo.¹³²

El nuevo código brasileiro, como se mencionó anteriormente, mantuvo el mismo análisis en cuanto al papel de la culpa, y además, en ningún momento se encargó de definirla ni establecer lo que es la diligencia, ni siquiera estableció un modelo de comportamiento al cual remitirse, lo que da a pensar que se debe analizar el comportamiento en cada caso concreto¹³³.

No obstante, un sector mayoritario de la doctrina afirma que para que exista responsabilidad civil contractual debe demostrar la violación a la obligación pactada, nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido, y es necesario demostrar la culpa, pues el no cumplir la obligación sin culpa es equivalente al caso fortuito y a la fuerza mayor, que liberarán al deudor de responsabilidad, posición que crítica otro sector de la doctrina, ya que no se puede confundir la ausencia de culpa con fuerza mayor¹³⁴. En este sentido, somos partidarios de la posición mayoritaria según la cual, la culpa es un elemento esencial para la existencia de la responsabilidad contractual; sin embargo, consideramos que no se debe confundir la fuerza mayor o caso fortuito, pues no necesariamente se está ante un escenario de imprevisibilidad cuando se actúa sin culpa.

Ahora bien, el C.C.B de 1916, consagraba exclusivamente el principio de la culpa como concepto genérico de responsabilidad. En este sentido, sin culpa no podía hablarse de la obligación de reparar el daño, bien sea en materia contractual como en la extracontractual. Lo anterior se vio atenuado con la expedición del C.C.B de 2003, donde en el artículo 927 establece que existe el deber de reparar y será independiente de la culpa en los casos que se especifique por la ley o en su

¹³² *Ibíd.*, p. 164

¹³³ *Ibíd.*, p. 174

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 193

defecto, cuando la actividad que se desarrolla implique riesgos para los derechos ajenos.¹³⁵

Continúa la legislación vigente afirmando que la responsabilidad civil contractual, se fundamenta en un concepto de culpa en sentido amplio, de esta manera, cualquier inejecución culposa de la obligación se verifica cuando existe la voluntad de parte del deudor de no cumplir, lo cual se asemeja al dolo, o sin ella pero con un actuar negligente, es decir culpa, lo cual acarrea un perjuicio para el acreedor.¹³⁶

5.4.3 Obligaciones de Medios y Resultados

Como lo hemos repetido a lo largo de esta monografía, la clasificación en obligaciones de medios y de resultado, ha sido adoptada por las legislaciones latinoamericanas mediante jurisprudencia y doctrina, y no es la excepción en los códigos influenciados por el proyecto de Teixeira. Sin embargo, en Perú existe una gran corriente que no avala esta distinción, y así lo han dejado entrever:

... toda obligación implica necesariamente la existencia de un objeto denominado prestación, la misma que el deudor va a tener que ejecutar a favor del acreedor; y esa prestación -forzosamente- será de dar, de hacer o de no hacer(...) necesariamente implicará la realización de actividades por parte del deudor. Esas actividades no constituyen otra cosa que la ejecución o pago de una obligación civil. De allí que si la obligación se ejecuta como aspira el Derecho, estaremos en presencia de un cumplimiento idóneo, y, en la medida que el mismo se aleje de dicha idoneidad, entraremos al terreno del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, simplemente, habremos llegado al campo de la inejecución total de la obligación. Es así que la ejecución de una prestación no puede ser vista como medio para cumplir, pues ejecutar una prestación constituye el cumplimiento propiamente dicho de la misma.¹³⁷

¹³⁵ *Ibid.*, p. 198-199

¹³⁶ *Ibid.*, p. 199

¹³⁷ OSTERLING PARODÍ, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y Resultados frente a la Responsabilidad Civil. Lima, Perú, 2006. p.33-34. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/articulos/el_tema_fundamental_de_las_obligaciones_de_medios_y_de_resultados_frente_a_la_responsabilidad.pdf

Con base en los artículos 1329 y 1330 del CCP, la doctrina peruana ha señalado que si el deudor desea liberarse de la responsabilidad ante el incumplimiento de un contrato, deberá acreditar su diligencia, tratándose de obligaciones de medios o de resultado; y a su turno, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, debe probar el dolo o la culpa inexcusable, tratándose también de obligaciones de medios y de resultado.¹³⁸ En este sentido, las obligaciones de resultado, señalada la existencia de la obligación y el tiempo de cumplimiento, el deudor es responsable por su inejecución si no prueba la fuerza mayor o caso fortuito; en la de medios, sólo será responsable si no presta diligencia y cuidado que la naturaleza del caso exija.¹³⁹

Sin embargo, para estos autores peruanos, la clasificación entre obligaciones de medios y de resultados es irrelevante, ya que en la de medios se busca un resultado, y en la de resultado existe siempre un medio para cumplirla; no obstante, reconocen que en la de medios la exigencia en la diligencia es más severa, pero en todo caso, lo que se busca es el fin.¹⁴⁰

Por el contrario, el ordenamiento jurídico brasilero, así como la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, parece aceptar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. La doctrina y la jurisprudencia han hecho esta diferenciación en relación con el incumplimiento. Al respecto se ha dicho que cuando el resultado hace parte de la prestación prometida, una vez éste no haya sido adquirido, se presume el incumplimiento, correspondiéndole al deudor demostrar que el resultado no se dio por circunstancias ajenas a su voluntad. Diferente de los casos donde lo que se acuerda es que el deudor despliegue sus mejores esfuerzos, siendo está una obligación de medios, y en caso de

¹³⁸ OSTERLING PARODÍ, Felipe. CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005. p. 218

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 216

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 217.

incumplimiento le corresponderá al acreedor probar la culpa del deudor. Hay, sin embargo, casos en que la responsabilidad del deudor es independiente de la culpa, casos en los que se configura el incumplimiento por la sola no realización de la prestación. Esto último se asimila a la llamada responsabilidad objetiva en los demás ordenamientos jurídicos.¹⁴¹

5.4.4 Incumplimiento

El artículo 1361 C.C.P, el cual consagra la obligatoriedad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas y plasmadas en el contrato, permite inferir que toda persona que celebra válidamente un contrato, tiene la obligación de cumplirlo, es decir, la no ejecución de cualquiera de dichas disposiciones contractuales lo sitúa en el incumplimiento. Sin embargo, la legislación civil peruana, al igual que los demás sistemas jurídicos latinoamericanos analizados en el presente trabajo, no define de forma explícita el concepto de incumplimiento, sin embargo, el artículo 1429 del C.C.P señala el incumplimiento en obligaciones recíprocas así: En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. Así mismo, en los artículos siguientes se hace referencia a la imposibilidad del cumplimiento, bien sea total o parcialmente, del contrato.

Así mismo, la doctrina peruana ha entendido que la responsabilidad civil contractual se deriva del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, y que este incumplimiento puede ser total, cuando se dejaron de ejecutar todas las prestaciones derivadas del contrato, o puede ser parcial, cuando el cumplimiento es tardío o defectuoso.¹⁴²

¹⁴¹ PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador). Op. Cit., p. 182.

¹⁴² ESTRELLA, Yrma Flor. Op. Cit., p. 34.

Al igual que las legislaciones suramericanas, en el derecho brasileiro no se ha consagrado una definición de incumplimiento contractual. Sin embargo, la doctrina lo ha definido como “la no realización de la prestación debida por falta imputable al deudor”¹⁴³. Lo anterior lo corrobora el artículo 389 del C.C.B de 2003, el cual establece que “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos (...)*”. Puede observarse, que la nueva legislación brasileira, simplemente estableció las consecuencias del incumplimiento, más no definió el concepto como tal. Existe sin embargo una clasificación de incumplimiento: se habla de incumplimiento absoluto cuando se hace imposible la realización por la imposibilidad de su objeto o por falta de interés del acreedor, y de incumplimiento relativo bajo la designación de la mora. Esto último en concordancia con el artículo 394 del C.C.B. el cual reza, “*considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*” Tomando en cuenta lo anterior, es posible afirmar que al igual que otros de los ordenamientos jurídicos analizados, el brasileiro consagra la posibilidad de indemnización tanto en aquellos casos donde no se cumplió la obligación como en aquellos en los que se retardó su cumplimiento.

Frente al incumplimiento tampoco encontramos que el derecho brasileiro haya establecido la necesidad de que este sea esencial. No obstante, puede haber casos donde se exija gravedad del incumplimiento para acceder a ciertos remedios, como en el caso de la resolución del contrato por vicios redhibitorios, esto de acuerdo con la doctrina. Pero en términos generales, se ha dicho que para acudir a remedios como la resolución del contrato no cumplido, lo importante es que el incumplimiento afecte el equilibrio contractual.

¹⁴³ MARTINS COSTA (p. 84) citado por: PIZARRO WILSON. Op. Cit., p. 180

Finalmente, en cuanto al pago por concepto de indemnización el artículo 402 del C.C.B. habla del pago por daño emergente y lucro cesante, suma que por regla general dependerán de lo probado.

6. LAS NORMAS DEL DERECHO UNIFICADO Y EL TRATAMIENTO DEL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como respuestas a la “economía globalizada” que se da con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y debido a que los códigos civiles nacionales en general regulaban una economía más rural y artesanal, a finales del siglo XX se empieza a dar un fenómeno conocido como “unificación internacional del derecho.”¹⁴⁴ Como parte de este proyecto surgen trabajos como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980), los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, el *Code Europeen des Contrats* de la Academia de Iusprivatistas Europeos, entre otros. En todos ellos se hace referencia a la responsabilidad contractual.

Si bien trabajos como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se hicieron para y con base en los ordenamientos jurídicos europeos, los elementos de estos pueden ser útiles y servir de inspiración para alcanzar un marco normativo y unos criterios de unificación para Latinoamérica. No obstante, trabajo como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, cuya finalidad fue remover los obstáculos al comercio internacional, es fruto de una labor más global en la que se tuvo en cuenta los diferentes sistemas legales, económicos y sociales, no sólo los europeos. Es por ello es que en la actualidad se encuentra ratificado por más de 70 países, entre ellos Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Brasil.

En este sentido, en el presente capítulo se tratarán de manera sucinta instrumentos del derecho internacional privado que, ante un eventual proceso de unificación a nivel latinoamericano, pueden ser herramientas que serían necesarias para el efecto. Es por eso que, se tomará como base el contrato de

¹⁴⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional de los Negocios. Universidad Externado de Colombia. p. 63. Tomo III.

compraventa internacional de mercaderías, el cuál es el contrato que mayor consenso tiene a nivel del comercio internacional, acompañado de los Principios Unidroit; además, se mencionará el papel del método de resolución de conflictos por excelencia en materia contractual: el arbitraje, y cómo este ha sido desarrollado en nuestro continente por el MERCOSUR. Por último, y en cuando al aspecto sustancial se refiere, se señalará como referente a un proyecto unificador: el Marco Común de Referencia Europeo.

6.1 CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

La antes referida convención se encarga, como su nombre lo dice, de regular la compraventa internacional del cual es posible sustraer criterios comunes en las legislaciones latinoamericanas, pues como bien se dijo muchos de los países referidos en este trabajo la han ratificado. De la misma manera, además se pueden sustraer elementos generales y pautas para el análisis de otros contratos, pues el contrato de compraventa es una institución paradigmática a partir de la cual se dictan cursos y se desarrollan manuales, utilizados como base de otros estudios. Termina siendo esta la herramienta a partir de la cual se logra identificar los elementos, características y efectos de los diferentes contratos.

Existen en la convención una serie de artículos que nos permiten analizar el tratamiento de la responsabilidad contractual a nivel internacional. Lo cual supone necesariamente que estemos frente a un contrato internacional, esto implica de acuerdo con la convención, que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Al respecto cabe mencionar que la procedencia de la aplicación de dicha convención puede darse en tres escenarios posibles: (i) la aplicación directa, (ii) la aplicación indirecta, y (iii) por la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto a la primera, dicha convención será aplicable, según su artículo 1.1.A, cuando las partes del contrato tengan establecimientos en Estados contratantes (que hayan ratificado la convención); la segunda, regulada en el artículo 1.1.B consagra que habrá aplicación indirecta cuando las normas del derecho internacional privado remitan a la ley de un Estado contratante de la convención, siendo procedente su aplicación. Teniendo en cuenta que todos los países estudiados a lo largo de este trabajo han ratificado la mencionada Convención incorporándola de esta manera a su ordenamiento jurídico, se hace evidente que la misma aplica de forma directa cuando las partes contratantes tengan establecimientos en dos de estos países, lo que nos lleva a afirmar que ya existe un instrumento unificador de las relaciones contractuales internacionales, y por ende, de la responsabilidad civil contractual.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta la tercera forma de aplicación de la convención, esto es la autonomía de la voluntad, regulada no sólo en dicha convención sino en otros instrumentos del derecho internacional. Así es como el artículo 3.1 del Reglamento de Roma I consagra la autonomía de la voluntad en el ámbito conflictual de las obligaciones contractuales, la cual aboga por la libre elección de la ley por las partes que celebran un contrato, la cual se justifica con base a las necesidades propias de las relaciones económicas internacionales.¹⁴⁵ El mencionado artículo reza “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. En este sentido, “debe quedar claro que la Convención tiene, de manera general, carácter dispositivo en cuanto permite que prevalezcan los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, como precisa el artículo 6°, en cuanto a que las partes pueden excluir la aplicación de la convención o

¹⁴⁵ PARRA RODRIGUEZ, Carmen. EL nuevo derecho internacional de los contratos. Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 235

establecer excepciones a cualquiera de sus normas (...)”¹⁴⁶ con excepción de aquellas que son consideradas como normas imperativas o de orden público. Así, por ejemplo, el artículo 12° de la convención. Adicionalmente, los Principios de la UNIDROIT, en su artículo 1° ratifican la existencia del principio de la autonomía de la voluntad, al señalar que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

La doctrina ha definido este principio como “un poder jurídico de autorregulación de los sujetos en las relaciones jurídicas que le incumben”¹⁴⁷ derivado de “los principios liberales de propiedad y libertad de contratación se convierten en los pilares necesarios de la autonomía privada necesarios para realizar intercambios y transacciones dentro de un sistema económico”¹⁴⁸. Igualmente, se dice que “la autonomía privada se define como el poder de los particulares para regular por sí mismos, de manera libre y vinculante, sus propios intereses”¹⁴⁹. Otros autores lo definen como “el obrar o poder de actuar según la voluntad de las partes para establecer o gobernar la relación negocial o la esfera jurídica acordada. Con la autonomía no se crea norma pero sí sirve para construir los nexos sustanciales”¹⁵⁰. De lo anterior, es posible establecer que la autonomía de la voluntad, es el principio mediante el cual, las partes que celebran un negocio jurídico gozan con la potestad para establecer las condiciones, obligaciones, deberes y todo lo relacionado con el contrato, teniendo como límite el orden público y las buenas costumbres.

Se hace evidente la importancia de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales internacionales, lo cual es apenas obvio siendo esta la primera de las fuentes de las obligaciones en el orden jerárquico del derecho internacional

¹⁴⁶ BONIVENTO FERNANDEZ. Los principales contratos civiles y comerciales. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009. p. 452. Tomo II.

¹⁴⁷ GOMEZ VASQUEZ, Carlos. Teoría del Contrato. Universidad de Medellín, 2011. p. 47.

¹⁴⁸ FRANCO VARGAS, María Helena. Derecho y Economía. Leyer, 2012. p. 24

¹⁴⁹ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 30

¹⁵⁰ BONIVENTO FERNANDEZ. Op. Cit., p. 506.

privado. Esto implica, como ya se mencionó, que las partes puedan elegir el juez o arbitro que dirimirá el conflicto en caso de disputa contractual. Además tendrán la potestad de elegir la ley aplicable al conflicto. No obstante puede suceder que las partes no se hayan manifestado sobre estos u otros aspectos del contrato. “Dentro del capítulo II sobre „Disposiciones generales”, los artículos 7 a 13 regulan algunos de los criterios interpretativos y las fuentes del contrato de compraventa”¹⁵¹ del cual ya se mencionó la primera de ellas. Las demás fuentes o criterios interpretativos en un orden jerárquico son: las prácticas establecidas entre las partes, la costumbre internacional, la convención, los principios generales internacionales, el derecho internacional privado, las normas internas de un Estado. Frente a la normatividad del derecho internacional privado estas hacen referencia a normas conflictuales que determinan cuales son las normas materiales o sustanciales aplicables al caso concreto.

Debido al carácter general de este capítulo y teniendo en cuenta que el estudio de la Convención de Viena sobre la compraventa de mercaderías se hace con la finalidad de servir como herramienta para el estudio de los diferentes contratos a nivel internacional, en lo relativo a las fuentes es necesario hacer una aclaración con respecto al nivel jerárquico de las convenciones. Frente al contrato de compraventa, se ha dicho, la convención es una norma dispositiva con algunas salvedades frente a aquellos artículos que buscan mantener el orden público internacional. Sin embargo, no ocurre lo mismo con otras convenciones, como las de transporte aéreo que son de orden imperativo. Esto implicará que el orden jerárquico de la convención dependerá de su carácter vinculante.

Una vez analizados estos elementos, teniendo presente el orden jerárquico de las fuentes de las obligaciones, haremos mención de lo que consagra la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías frente al tema que nos

¹⁵¹ OVIEDO Albán, Jorge. “Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa Internacional de mercaderías.” [En línea]. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_1/cap.%205.pdf

interesa: la responsabilidad civil contractual, para posteriormente mencionar cómo funciona la aplicación de esta normatividad. Es importante en primer lugar mencionar el artículo 25 donde se regula el incumplimiento esencial, aduciendo que el mismo se da cuando se “cause a la otra parte un perjuicio tal que prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.” Es de anotar que de una lectura integral de la convención se desprende la existencia de dos clases de incumplimiento: el antes mencionado incumplimiento esencial y el simple incumplimiento (definido por negación). “La importancia de la distinción es fundamental para comprender el sistema de remedies o acciones contra los incumplimientos y, particularmente, el incumplimiento esencial es la llave maestra del sistema ya que da derecho a recurrir a todas las acciones (remedies) de los otros incumplimientos y, a su vez, es el único que permite acceder a algunos, especialmente la tan codiciada resolución.”¹⁵² Esto último de vital importancia como se evidenciará a lo largo de este capítulo.

Teniendo presente lo antes mencionado, pasaremos a analizar la sección III, Capítulos II y III denominados derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor o por el comprador donde se resalta el hecho de que los artículos 45 y 61 presuponen un no cumplimiento de cualquiera de las obligaciones conforme al contrato o a la misma convención. Se observa así un régimen objetivo de incumplimiento y por lo tanto a la no exigencia de la culpa como elemento necesario para que se configure el incumplimiento. Ambos artículos, en su literal a, hacen referencia a los derechos que podrán ser ejercidos por las partes en caso de incumplimiento. Cuando se trate de incumplimiento por parte del vendedor se deberá acudir a los artículos 46 a 52 y frente al

¹⁵² MARTIN PAIVA, Roberto. “El incumplimiento esencial en la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.” p.6. [En línea]. Disponible en: <http://www.paiva-balatti.com.ar/Paiva-incumplimiento-esencial-en-LSG.pdf>

incumplimiento del comprador el vendedor podrá ejercer los derechos de acuerdo a los artículos 62 a 65. En cuanto al literal b, ambos artículos, consagran para quien sufre el incumplimiento, la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

Sobre el artículo 45° el cual regula algunas de las acciones con las cuales cuenta el comprador, si el vendedor no cumple una de sus obligaciones, entre ellos se dice que puede ejercer los derechos señalados en los artículos 46 a 52 de la Convención, sobre los cuales pueden hacerse los siguientes matices:

El apartado a) del párrafo 1 del artículo 45 remite simplemente a los artículos 46 a 52. Aunque todas las vías de recurso previstas en esos artículos requieren que se haya incumplido una obligación, como se dijo previamente, distinguen distintos tipos de incumplimiento. (...) En el artículo 46 párrafo 2 y el apartado a) del artículo 49, señalan que el incumplimiento debe ser esencial. El artículo 51 se refiere al incumplimiento parcial; el artículo 52 trata de la entrega prematura y del exceso en la entrega¹⁵³.

El mismo artículo estipula como una acción del comprador, la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios, por los daños que le ha ocasionado el vendedor ante el incumplimiento de sus obligaciones. Sobre dicho artículo se ha señalado que “en contraste con muchos sistemas nacionales, el derecho a indemnización de los daños y perjuicios no depende de que se haya cometido algún tipo de falta o de incumplimiento de una promesa expresa, o cosa parecida, sino que presupone simplemente un no cumplimiento objetivo”¹⁵⁴. Mostrando así la aplicación de una responsabilidad objetiva, es decir, el comprador no debe acreditar la existencia de la culpa o dolo por parte del vendedor para adquirir la posibilidad de solicitar la indemnización por incumplimiento.

Sobre la indemnización, se ha reconocido que...

¹⁵³ CNUDMI. Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías. Nueva York: Naciones Unidas, 2010. p. 157

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 158

... pursuant to Article 45 of Vienna Convention there are other remedies aimed at compensation of loss suffered as a consequence of breach of contract. Consequently, CISG allows parties to agree on contractual penalty as means of compensation for the loss. (...) Therefore, both in comparative law and in our law, contractual penalty has double function – it is a means of securing the contract performance, as well as the remedy aimed at compensation of loss. Both of the said functions of contractual penalty are an important attribute of the legal nature of contractual penalty, although in different cases different function will prevail¹⁵⁵.

Sobre lo anterior, puede observarse que la posibilidad de indemnizar tiene una doble función: buscar el cumplimiento forzoso de la obligación o la reparación del daño que causó el incumplimiento.

Por contraposición al artículo anteriormente mencionado, el artículo 61° consagra los “remedios” que puede hacer valer el vendedor que ha sufrido el incumplimiento de las obligaciones por parte del comprador, permitiéndole, en primer lugar, realizar acciones como las señaladas en los artículos 62 a 65 de la convención, los cuales consagran posibilidades como exigir el pago del precio, otorgarle un plazo al comprador para que cumpla su obligación, y declarar resuelto el contrato. Este último, al igual que los ordenamientos jurídicos que hemos analizado en el presente trabajo, exige que tal incumplimiento sea esencial en el contrato, como quedo consagrado en el artículo 25 antes mencionado. En este sentido, puede señalarse que “el incumplimiento por parte del comprador de cualquiera de sus obligaciones es el único requisito para el recurso a las acciones previstas en el párrafo 1 del artículo 61. Como se desprende de un fallo judicial, el recurso a las acciones de que puede valerse el vendedor perjudicado no está supeditado a que éste pruebe el incumplimiento del comprador”¹⁵⁶. Solicitar indemnización, además del reconocimiento de otras acciones, tal como lo es la resolución del contrato, ha sido reconocido por diferentes laudos arbitrales, entre ellos en el “*Stainless Steel*

¹⁵⁵ Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Yugoslav Chamber of Commerce. Aluminum case Serbia 9 December 2002 .

¹⁵⁶ CNUDMI. Op. Cit.,p. 196

*Wire Case*¹⁵⁷, donde al vendedor se le concede la reparación de los daños, en concordancia con la resolución del contrato.

Es importante aclarar que hacer uso de uno de los recursos establecidos en los antes mencionados artículos no excluye la aplicación de los demás. En los países de *common law* hubo una tendencia inicial según la cual aquel que había sufrido los perjuicios tenía que elegir entre perder el derecho a la indemnización o llevar la carga de disponer de los bienes seriamente defectuosos, lo que muchas veces llevaba a los compradores a devolver una mercancía de la cual ellos hubieran podido disponer con más facilidad que un vendedor a larga distancia. No obstante aquella tendencia fue abandonada y en el numeral segundo de los artículos 45 y 61 se dice que aquella víctima del incumplimiento “no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejecute cualquier otra acción conforme a su derecho.”

Ahora bien, dicha convención hace énfasis en que el incumplimiento debe ser considerado esencial, en consecuencia y “con arreglo tanto al marco general de la Convención como a su interpretación por la jurisprudencia, la noción de incumplimiento esencial suele interpretarse restrictivamente a fin de evitar un recurso excesivo a la resolución del contrato”¹⁵⁸, esto es, no cualquier incumplimiento da lugar a la resolución del contrato por parte del vendedor. Lo anterior, coincide con lo expresado anteriormente sobre las acciones del comprador, y en consecuencia, con los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos analizados en el presente trabajo.

El incumplimiento esencial debe ser entendiendo como aquel que se da “cuando una parte cause a la otra un perjuicio de cierto alcance que la prive

¹⁵⁷ ALEMANIA. CORTE SUPREMA. Sentencia del 25 de junio de 1997. Laudo 235. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>

¹⁵⁸ TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CCI. Laudo No 9887. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000, p.118.

sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, pero con la salvedad de que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”¹⁵⁹. Al igual que el anterior cuerpo normativo, los Principios de la UNIDROIT, rezan que “no es cualquier clase de incumplimiento el que sirve para romper el nexo negocial, es el esencial no solo con la mira a la sustancia de la prestación sino también a las circunstancias que se refiere el artículo 7.3.1”¹⁶⁰:

- A. Si priva sustancialmente a la parte perjudicada que tenía derecho a esperar en virtud del contrato,
- B. Era esencial según la naturaleza del contrato,
- C. El incumplimiento se dio de manera intencional o temeraria,
- D. Desconfianza entre las partes,
- E. La terminación del contrato hará sufrir a la parte que no cumple, una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

En este sentido, es posible afirmar que el derecho internacional privado, en lo relacionado con el incumplimiento, es claro en señalar que el mismo debe ser esencial para ejercer ciertas acciones como la resolución. Lo anterior, puede verse asimilado por distintos ordenamientos jurídicos analizados en el presente trabajo, pues es evidente que cada uno de ellos, si bien no definen como tal el concepto “incumplimiento” si coinciden en que el mismo debe ser esencial o suficientemente grave para que proceda su reparación, lo cual nos empieza a dejar entrever un concepto unificado en una materia tan fundamental como el incumplimiento; sobre lo anterior, se hará un análisis más profundo en el capítulo siguiente.

En cuanto al resarcimiento del daño por incumplimiento del contrato, el artículo 74, establece que se deberá pagar una suma igual a la pérdida sufrida y a las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del incumplimiento, lo cual se traduce en el daño emergente y lucro cesante respectivamente, figuras que hacen

¹⁵⁹ BONIVENTO FERNANDEZ. Los principales contratos civiles y comerciales. 8ª edición. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009. p. 477, Tomo II.

¹⁶⁰ *Ibid.*

parte de los ordenamientos jurídicos estudiados. De acuerdo con la convención, esta suma indemnizatoria no podrá ser superior a las pérdidas que el contratante incumplido hubiere previsto o hubiere podido prever al momento de la celebración del contrato.

Por otro lado, el artículo 75 hace referencia a aquellos casos en los cuales el contrato ha sido resuelto. Ante tal situación, cuando el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, quien pida la indemnización tendrá derecho a una suma igual a la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo. El supuesto consagrado bajo el artículo 76 es similar al anterior con la diferencia de que, con posterioridad al incumplimiento, no se ha realizado una operación de reemplazo. En este caso la cuantía de la indemnización se calcula tomando la diferencia entre el valor de la mercancía al momento de celebrar el contrato y el precio corriente al momento de la resolución del mismo. Se debe resaltar que la indemnización a la que hay lugar de acuerdo con el artículo 75 y 76 no excluye la aplicación del pago por los conceptos mencionados en el artículo 74. Es de anotar que el hecho de que no existan disposiciones especiales sino un trato general para el incumplimiento contractual, como el que está consagrado en el artículo 74, es considerada por algunos como una deficiencia para lograr la reparación. Un ejemplo de ello es aquellos casos en los que se ha establecido alguna garantía a favor de alguna de las partes contractuales en caso de incumplimiento, no existe en la convención un trato diferenciado para el incumplimiento de la obligación principal y de la garantía. Se considera que el alcance de la reparación consagrada en el artículo 74 no es claro y se debe tener en cuenta que no hay en la convención nada respecto a la prueba del daño, por lo que se ha dicho que es un asunto que se mantiene en la esfera del derecho interno, por lo cual cada juez o arbitrio deberá decidir de acuerdo con la ley aplicable.

Si bien la norma conflictual internacional como lo es la Convención de Viena sobre la compraventa de mercaderías no regula plenamente el alcance del pago por concepto de lucro cesante si le impone al afectado el deber de adoptar las medidas necesarias razonables, para reducir las pérdidas resultantes del incumplimiento. De no hacerlo quien incumplió “podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía que debía haberse reducido la pérdida”, de acuerdo con el artículo 76 de la antes citada.

Debemos además tener en cuenta los denominados principios generales de la contratación internacional privada, que son: “Herramientas jurídicas de apreciación que surgen de enunciados o concepto con fuerza de valor o de influencia en contratos nacionales, y de mayor arraigo en los internacionales pues la falta de uniformidad en las legislaciones de los distintos países permite la búsqueda de reglas o criterios que por identificación hagan comprensible la interpretación de los negocios jurídicos.”¹⁶¹

Los mismos emanan de enunciados comunes como la buena fe, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la equidad, entre otros, que aparecen en tratados sobre contratos como la Convención de Viena mencionada previamente, mecanismos de integración de los contratos y en los Principios de Unidroit. El fin de estos es llenar los vacíos o lagunas en los contratos, como lo menciona el artículo 7 de la Convención de Viena (1980): “las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirá de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente...”.

De las fuentes de los principios mencionadas previamente debemos referirnos a los Principios de Unidroit, que no son enunciados imperativos para ser aplicables, sino convencionales, es decir, no son oficiales ni gubernamentales. Se trata de

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 501.

normas que los contratantes pueden decidir aplicar en sus relaciones contractuales en procura de reflejar una uniformidad en su aplicación y superar los choques de los derechos internos.¹⁶² Al igual que la convención, estos son producto de un grupo de trabajo con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, representantes de los llamados sistemas del *civil law*, *common law* y de los sistemas socialistas.¹⁶³ Se trata de un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. De acuerdo con el preámbulo de estos principios, los mismos pueden ser aplicados cuando las partes así lo hayan acordado; como normas de apoyo, cuando frente a un caso concreto no hay norma aplicable; para la interpretación o integración de textos de derecho uniforme y como modelo para las legislaciones nacionales e internacionales.¹⁶⁴ El objetivo y valor de estos es que tomen fuerza vinculante de su poder de persuasión. Cabe resaltar, como dice S. Schipani, “la referencia a los „principios” en la calificación de las reglas reunidas por UNIDROIT, indica así, en un modo sintético y completo, el fundamentos de su vigencia, que es distinto del de las leyes de Derecho Internacional Privado.”¹⁶⁵ Frente al tema de interés en este trabajo haremos referencia al capítulo séptimo donde se regula el incumplimiento (artículos 7.1.1. a 7.1.7.) y puntos consecuenciales como el derecho a reclamar el cumplimiento (artículos 7.2.1. a 7.2.5.), resolución (artículo 7.3.1), resarcimiento de perjuicios (artículos 7.4.1 a 7.4.13.). El incumplimiento contractual es definido como la falta de ejecución (o ejecución tardía o defectuosa) por alguna de las partes de cualquiera de sus obligaciones derivadas de un contrato. Al igual que en la convención se habla del incumplimiento esencial y se formulan reglas para desvirtuar la situación de incumplimiento o para hacerlo no imputable, esto es cuando una parte no haya cumplido por interferencia de la otra parte, cuando las prestaciones se deban

¹⁶² *Ibíd.*, p. 511.

¹⁶³ OVIDO ALBÁM, Jorge. Derecho Internacional de los Negocios. Universidad Externado de Colombia. p. 304. Tomo III.

¹⁶⁴ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 113.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, pie de página No 35

cumplir de manera simultánea o siendo sucesivas cuando quien debía cumplir primero no lo ha hecho y en términos generales por casos de fuerza mayor (artículo 7.1.7).

Cabe mencionar que el termino de fuerza mayor aquí empleado no se identifica no con la tradición jurídica del *common law*, (donde se habla de frustración del contrato e imposibilidad del cumplimiento) ni con la tradición continental de *force majeure*. Se trata de una definición más amplia donde las partes pueden regular de manera más precisa los eventos comprendidos dentro de la misma.¹⁶⁶ En cuanto al incumplimiento no excusable, este da lugar al resarcimiento, caso en el que basta probar el simple incumplimiento sin que se haga necesario probar la culpa del deudor.¹⁶⁷

Sobre la anterior convención, se ha reconocido que la misma ha dejado de lado muchos aspectos relevantes en el ámbito contractual. Es por ello que se necesita de otras normas del derecho internacional privado para complementarla. Es por lo anterior, que se pueden considerar los principios de la Unidroit que “sirven para identificar la normatividad sobre el particular, en cuanto regulan y cubren muchos aspectos pertinentes a las relaciones contractuales internacionales”¹⁶⁸. Así, con estos principios, “se ha procurado mantener una regulación uniforme en los distintos países sobre los contratos comerciales”¹⁶⁹.

Una vez se ha hecho evidente la existencia de normas internacionales que son fuente de unificación del derecho internacional privado, se debe tener presente que en caso de conflicto, como el que se origina en razón del incumplimiento el mismo será resuelto por el juez o árbitro elegido por las partes o, en su defecto, por el juez o árbitro que de acuerdo con las normas conflictuales y materiales

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 114.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ BONIVENTO FERNANDEZ. *Op. Cit.*, p. 451

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 450

aplicables deba dirimir el conflicto. Cabe resaltar que no siempre el juez deberá aplicar las normas de su Estado pues, como se mencionó con anterioridad, las partes también cuentan con la posibilidad de elegir la ley aplicable. Frente a este aspecto, y sin adelantarnos a las conclusiones, a lo largo de este trabajo se han encontrado grandes semejanzas al interior de los diferentes ordenamientos jurídicos estudiados, lo cual sin duda alguna haría más fácil el momento del litigio ya que cualquier sistema jurídico que se aplique será de fácil comprensión e incluso de similar aplicación. Por el contrario si lo que se pretende es que no se aplique un derecho similar al del país proveniente siempre se cuenta con la posibilidad de excluir la aplicación de la convención y de elegir la normatividad de un Estado que no haga parte de la misma.

No obstante lo anterior, con frecuencia se incluyen en los contratos las llamadas cláusulas compromisorias, lo cual nos lleva a analizar el método de solución de conflictos por excelencia en el derecho contractual internacional: el arbitraje. Este se considera un mecanismo idóneo que debe ser tenido en cuenta en el aspecto procesal y jurisdiccional de un proyecto de unificación.

6.2 EL PAPEL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

A continuación, se hará un breve análisis del arbitramento, como método alternativo en la solución de conflictos, enfocado en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, empezando por el desarrollo conceptual del mismo, pasando por la regulación internacional y las normas del derecho internacional privado que lo enmarcan, para posteriormente analizar el pronunciamiento de dicha jurisdicción voluntaria sobre el tratamiento que se le da al incumplimiento contractual internacional por parte de dichos tribunales. Lo anterior, con miras a establecer la posibilidad de unificación en cuanto a la resolución de conflictos se refiere, creando así unidad jurisprudencial.

La actualidad del derecho internacional privado, especialmente en lo referente a la resolución de controversias que se suscitan en virtud de contratos comerciales, ha sido determinante en la consideración de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, como la herramienta jurídica que permitirá dirimir los mismos, bajo procesos ágiles, eficientes y efectivos. En este sentido, “la hipótesis del ordenamiento jurídico arbitral es hoy en día objeto de una creciente aceptación, tanto en la jurisprudencia arbitral, lo que refleja la creciente conciencia de los árbitros sobre su papel como tales, como en los ordenamientos jurídicos nacionales”¹⁷⁰.

Puede entenderse entonces el arbitraje como un método alternativo para solucionar conflictos, que ha sido una solución a los problemas de congestión judicial que se presentan en diferentes países, por ende, debe recurrirse a estos mecanismos en busca de garantizar un acceso a la justicia eficiente por parte de los Estados. Por ejemplo, en Colombia, la ley 1563 de 2012 reguló lo relacionado con el arbitraje nacional e internacional, según la cual se define, en su artículo 1°, como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

El arbitraje es también una de las “formas de heterocomposición que se adelantan y que deciden otras personas o entidades que sin ser el órgano jurisdiccional común tiene atribuida (...) la función jurisdiccional en cualquiera de sus facetas (...) el cual se circunscribe al contexto de las controversias por la autonomía de la voluntad”.¹⁷¹ Lo anterior se ve reflejado en el pacto arbitral, el cual, “tiene por objeto derogar la competencia del juez jurisdiccional para el conocimiento del

¹⁷⁰ GAILLARD, Emmanuel. Aspectos Filosóficos del derecho del arbitraje internacional. Grupo Editorial Ibañez, 2012. Colección Cátedra Bancolombia. p. 87

¹⁷¹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del derecho procesal. Bogotá-Colombia: Temis, 2008. p. 16.

negocio y confiar tal decisión a árbitros: ciudadanos particulares”¹⁷². Por ende, “el árbitro pronuncia una decisión, de naturaleza privada, fundamentada en la voluntad de las partes”¹⁷³.

La resolución del conflicto por este método, depende del pacto arbitral, del cual se derivan dos figuras jurídicas: el compromiso y la cláusula compromisoria, las cuales se distinguen en lo que...

... atiende al tiempo en que acuerdos de esta índole son celebrados, respecto del momento en que cobra actualidad el conflicto entre las partes, y al modo como ellos se ponen de manifiesto frente al contrato en el que dicho conflicto encuentra su origen. Así, entonces, cuando este último ya ha surgido, el acuerdo que los compromitentes celebran para someterlo al conocimiento y resolución de árbitros recibe el nombre de “compromiso”, mientras que si lo que acontece es que, habiendo celebrado determinado contrato las partes convienen por anticipado en que, de llegarse a presentar diferencias futuras acerca de la aplicación de dicho contrato, ellas serán conocidas y resueltas por árbitros (...)”¹⁷⁴, lo cual se conoce como “cláusula compromisoria”.

Lo anterior deja entrever de nuevo el principio de la autonomía de la voluntad, ya referido, que es inherente a las partes contratantes de decidir si someten o no los conflictos que se lleguen a presentar durante el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, en el ámbito internacional, se ha creado la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, la cual tiene como principal objetivo regular el arbitraje comercial, y servir como mecanismo para dirimir los conflictos en el ámbito internacional. Dicha ley, en su artículo 1.3 afirma que se está en presencia de un arbitraje internacional cuando:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁷⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de junio de 1997.

determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Sin embargo, de los ordenamientos jurídicos analizados en nuestro trabajo, estas disposiciones solo han sido adoptadas por Chile y Perú¹⁷⁵; Colombia, en su más reciente ley sobre arbitraje, realizó una adaptación de dicha ley modelo, y así lo deja entrever Eduardo Zuleta Gómez Pinzón, quien encabezó la Comisión Redactora de la Ley 1563/12, quien afirma que “ahora tenemos un estatuto basado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, por su sigla en inglés), que pone a Colombia en un lugar destacado en materia de leyes modernas de arbitraje internacional en la región”¹⁷⁶, pues en tanto ley modelo no ha sido mayoritariamente aplicada.

Sin embargo, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras si ha sido ratificado por los seis Estados¹⁷⁷ analizados en el presente trabajo, por lo que nos permitirá más adelante justificar el arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos internacionales, que sirva como herramienta jurídica de unificación del derecho internacional privado, especialmente en lo referente a la responsabilidad civil contractual. Esta convención establece el reconocimiento y ejecución de laudos

¹⁷⁵ CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Situación actual 1985 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. [En línea].

Disponible en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html [2013, abril 19].

¹⁷⁶ ZULETA GÓMEZ PINZÓN, Eduardo. Entrevista realizada por *Ámbito Jurídico*. Ley 1563/12. . [En línea]. Disponible en:

http://www.gpzlegal.com/Documentos/Entrevista_ambito_juridico_a_EZJ.pdf

¹⁷⁷ CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Situación actual. 1958 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [En línea]. Disponible en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. [2013, abril 19].

proferidos en un territorio de un Estado diferente a aquel en el cual se pide el reconocimiento de un derecho, en este sentido, el artículo 2° de dicha norma internacional señala que, “cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

Mediante la aplicación y el reconocimiento de esta convención, puede señalarse que, ante conflictos por responsabilidad civil contractual, puede recurrirse al arbitraje para dirimir el conflicto.

6.3 MARCO COMUN DE REFERENCIA EUROPEO- MERCOSUR: REFERENTES

La actualidad política, jurídica, económica y social, reflejan la existencia de diversas formas de gobiernos, modelos económicos, sistemas jurídicos y formas de relación social que han derivado en la globalización, de lo cual se desprende que en el mundo de los negocios la interacción entre personas, naturales o jurídicas, privadas o públicas, se haya incrementado considerablemente desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. De estas relaciones, se han creado diversos organismos que tienen, entre otras finalidades, garantizar la interacción económica de manera segura, eficaz y muchas veces menos costosas.

Ahora bien, en el ámbito jurídico, se han creado organismos que busquen y aseguren esa seguridad jurídica en el ámbito del derecho de los negocios a nivel internacional, entre los cuales, los tratadistas del derecho han establecido que esa seguridad se logra en mayor medida mediante la unificación del derecho privado, y eso es lo que han buscado en la Unión Europea mediante diferentes herramientas jurídicas entre las cuales se destaca el Marco Común de Referencia; en menor

medida, en Sur América, con la creación de MERCOSUR se ha tratado de imitar dicha idea europea.

Es por ello que en el presente acápite de nuestro trabajo haremos referencia, de manera sumaria, a lo anterior, con miras a establecer, en primer lugar la importancia de unas normas únicas en materia contractual, y en consecuencia, órganos internacionales capaces de autorregular los conflictos que se lleguen a presentar entre las partes contratantes.

En este sentido, en Europa se ha ido desarrollando la idea de unidad en el sistema jurídico, partiendo del Derecho Romano y de varias instituciones jurídicas; en este orden de ideas, se creó el “Marco Común de Referencia, el cual armoniza el derecho contractual europeo y prepara futuras medidas de unificación del derecho privado en general”¹⁷⁸. El Marco Común de Referencia “es en la actualidad uno de los documentos más importantes de la integración, o si se quiere, armonización, del derecho contractual europeo”¹⁷⁹. Dicho marco se creó con miras a buscar “la unificación del derecho europeo de la contratación privada redundaría en beneficio de la seguridad jurídica (...) al mismo tiempo, la consecución de un derecho común de la contratación satisfaría un importante objetivo económico y político, al construir un logro en la función integradora de la U.E”¹⁸⁰. Esta herramienta jurídica del derecho europeo recoge “bloques sistemáticos de definiciones claras de conceptos jurídicos, principios fundamentales y normas jurídicas modelo que no pierden coherencia con el derecho contractual común”¹⁸¹, configurando así seguridad jurídica para las partes que celebran un contrato, en cuanto a cuales reglas serán aplicables a dicho negocio jurídico.

¹⁷⁸ TITO AÑAMURO, John Alberto. Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano: Un Análisis de Método. p. 9

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ ROCA GUILLAMÓN, Juan. Armonización, unificación y modernización del derecho de obligaciones y contratos. Universidad de Murcia: .Asociación de profesores de derecho civil. XVI jornadas, 2012. p. 9

¹⁸¹ TITO AÑAMURO, John Alberto. Op. Cit., p. 10.

Este instrumento jurídico proveniente del derecho europeo, puede ser considerado como un referente en el derecho contractual suramericano, entre tanto puede considerarse la creación de un marco donde se regulen los aspectos relacionados con la responsabilidad civil contractual, ya que “baste decir que los elementos comunes entre el sistema europeo y el latinoamericano, en materia de incumplimiento de contratos, son suficientes para encontrar una aproximación inicial”¹⁸². Por ende, la creación de un marco en nuestro continente es el comienzo de un sistema jurídico unificado.

A modo de ejemplo, en el sistema jurídico suramericano, se creó el Mercado Común del Sur – MERCOSUR- el cual está integrado por Argentina, Brasil y Uruguay, Venezuela, Paraguay y Bolivia (quien está en proceso de adhesión). La finalidad de este organismo internacional, que se creó con el Tratado de Asunción en 1991, es facilitar la libre circulación de bienes y servicios, la adopción de políticas comerciales y arancelarias comunes, y de armonizar las legislaciones para lograr un proceso de integración normativa; en consecuencia, mediante dichas políticas el derecho de los contratos entre los Estados Partes se intensificó y los conflictos¹⁸³ por incumplimiento no se hicieron esperar, en consecuencia, en el 2002 mediante el Protocolo de los Olivos se pactó un método para dirimir los conflictos, estableciendo entre ellos el arbitraje ad-hoc para lograr la resolución del mismo. Con posterioridad, y mediante la Decisión No 30 de 2005, se crearon las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión. Si bien su base fundamental es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también tuvieron incidencia en él dos de los acuerdos mencionados: la Convención de Panamá de 1975 y la Interamericana de 1979¹⁸⁴.

¹⁸² CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 206

¹⁸³ Antes del Protocolo de los Olivos, se firmó el Protocolo de Brasilia, el cual regulaba la solución de controversias de manera general.

¹⁸⁴ DIAZ, Soledad; ROTHSCCHILD Julie y RUANOVA, Mariela. El acuerdo de arbitraje comercial internacional del MERCOSUR. En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. p. 17.

Para una correcta unificación, es necesaria la consecución de un organismo que regule la parte procesal y los métodos para solucionar los conflictos. Es por ello que se puede considerar bien sea la adhesión de todos los Estado al MERCOSUR, dándole así cabida a que el tribunal de arbitramento de dicha organización sea quien regule los conflictos derivados del incumplimiento contractual, buscando una unificación en las decisiones tomadas relacionadas con la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, algunos autores consideran que dicha posibilidad no es viable, y así lo corrobora Alberto Dalla Vía al señalar que “no creemos que un sistema arbitral sea el más adecuado, ya que carece de una sede fija y modificarse su constitución, no unifica jurisprudencia, sino que por el contrario, tiende a su dispersión y puede crear contradicciones. Tampoco favorece a la interpretación jurídica comunitaria”¹⁸⁵.

En concordancia, autores como Michele Taruffo, sostienen que “parece sin embargo lícito presuponer que el arbitramento no sea, y no deba necesariamente ser, el único remedio posible para las solución de controversias trasnacionales. Él puede aparecer como la técnica más cómoda y ventajosa (...)”¹⁸⁶.

Es así como puede observarse el conflicto que se presenta, en materia de unificación, a cuanto el aspecto procesal se refiere, pues si bien el mecanismo idóneo para la resolución de conflictos es el arbitraje, y que organizaciones intergubernamentales como MERCOSUR, facilitan el acceso al mismo, el pensamiento de una corte u organismo único supranacional “es difícilmente imaginable fuera de un ordenamiento jurídico fuertemente estructurado y organizado”¹⁸⁷. Presupondría entonces la creación de una única corte suramericana, reconocida por todos los Estados; pero entraría en conflicto con la

¹⁸⁵ DALLA VIA, Alberto. “Mercosur: perspectivas desde el derecho privado. Soluciones de Controversias. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1993. p. 230.

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele. “Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil. Bogotá Colombia: TEMIS, 2006. p. 99.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 100

rama judicial de cada uno de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el objeto de esta discusión debe ser analizado con mayor profundidad en otros trabajos, debido a las grandes implicaciones jurídicas y doctrinarias que se derivan de la misma.

7. CONCLUSIONES

En el desarrollo y estudio del presente trabajo hemos analizado de manera sucinta los diversos ordenamientos jurídicos en Latinoamérica enfocándonos en la responsabilidad civil contractual, particularmente en el papel que juega la culpa dentro de esta. Así mismo, analizamos los elementos de dicha responsabilidad con miras a establecer la procedencia de un derecho unificado en materia contractual utilizando como referentes el marco común de referencia europeo y el papel que desempeña la organización suramericana MERCOSUR, especialmente en lo relacionado con el Tribunal de Arbitramento.

Si bien nuestro enfoque fue la responsabilidad civil contractual fue necesario analizar el régimen de responsabilidad civil de cada uno de los ordenamientos jurídicos estudiados con el fin de determinar si dentro de los mismos existía un régimen monista o dualista. Pues sólo dentro de este último habría lugar a hablar de responsabilidad civil contractual. En este orden de ideas se demostró que en el continente suramericano se siguió la tradición romanista y se adoptó la teoría dualista en la que se hace la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. No obstante, países como Argentina, trabajan en la actualidad en un proyecto unificador lo cual conllevaría a un régimen monista de la responsabilidad civil. Cabe resaltar que el mismo, como su nombre lo indica, es en la actualidad un proyecto y por lo tanto no ha entrado en vigencia.

Se observa además que existen en cada ordenamiento fuerte corrientes doctrinarias a favor de la misma tendencia. Frente a esta controversia de cierta forma creemos que tienen razón los críticos de la teoría dualista, en tanto la misma da lugar a las llamadas “zonas grises”, es decir casos particulares los cuales no se ubica dentro de una u otra responsabilidad. Así, por ejemplo, la

responsabilidad en la etapa precontractual, y frente al deber de información en el derecho de consumo.

Se hace evidente que la distinción no logra abarcar todos los supuestos que se presentan en la realidad social. Para nosotros lo fundamental de la distinción radica en que en la esfera contractual, basados en la autonomía de la voluntad, son las partes quienes deciden hasta donde obligarse y por lo tanto desde que momento nace la responsabilidad civil contractual en caso de incumplimiento. No obstante, se trata de una distinción desde nuestra perspectiva más académica que práctica, pues el fin último de la responsabilidad civil es reparar e indemnizar un daño causado quedando en un segundo plano la fuente que da origen a la misma. Así lo ha considerado parte de la doctrina brasilera y es lo que se pretende hacer con el nuevo proyecto del C.C.A. Es posible entonces afirmar que en un escenario unificador ésta distinción y controversia debe dejarse a un lado para enfocarse en la función reparadora de la responsabilidad civil, obviamente sin dejar de lado la autonomía de la voluntad.

También se mencionó a lo largo de este trabajo la distinción entre las responsabilidad objetiva y subjetiva de la cual se desprende una segunda clasificación, las obligaciones de medio y resultado. Frente a la primera de estas distinciones, si bien existe dentro de todos los ordenamientos jurídicos analizados, se ha hecho evidente la tendencia cada vez más fuerte por estructurar algunas obligaciones objetivas como en el caso de los productos defectuosos, reduciéndose el papel esencial que jugaba la culpa en materia de responsabilidad. Cabe mencionar que la subjetividad y objetividad de la responsabilidad son dos modos donde los sistemas jurídicos establecen cual es la extensión del derecho de daños. Esta distinción es en realidad el resultado de decisiones políticas que buscan la protección de ciertas personas¹⁸⁸. Con miras a un proyecto unificador

¹⁸⁸ PAPPAYANNIS, Diego Martín. El derecho privado como cuestión pública. En: Seminario temas selectos sobre la Responsabilidad Civil (18, abril: Universidad Eafit, Medellín, Antioquia). 2013.

deben establecerse criterios con base en los cuales se pueda hacer dicha distinción, pues por tratarse de decisiones políticas debe existir consenso y no arbitrariedad.

En cuanto a la diferenciación que se hace entre las obligaciones de medios y resultado en la parte general hicimos referencia a nuestra postura, aduciendo que las discusiones en torno a esta clasificación, obedecen más a cuestiones terminológicas que de fondo o contenido, pese a que quedó demostrado que la mayoría de los ordenamientos han adoptado ésta distinción tradicional. Desde nuestra perspectiva la importancia de dicha distinción radica en las diferentes formas de cumplimiento de una prestación. A esto se le puede agregar la importancia del aspecto procesal probatorio, pues depende de esta dicotomía en cabeza de quien recae la carga probatoria. No obstante debemos tener muy presente lo referente a la carga dinámica de la prueba de la cual ya se viene hablando en alguno de estos ordenamientos antes mencionados como lo son Argentina y Colombia. Con esta nueva concepción de la carga probatoria este dejaría de ser un elemento relevante y, desde nuestra perspectiva la diferenciación de las obligaciones de medio y resultado pierde aún más su fuerza, pues el deber probatorio no dependerá de la misma, sino de quien cuente con mayor facilidad para acreditar un hecho.

En este orden de ideas se pasó a analizar los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual en cada uno de estos ordenamientos jurídicos, haciendo énfasis en el incumplimiento. En este recorrido se encontró que existen elementos comunes: en primer lugar la exigencia de un contrato válido, lo cual implica la ausencia de vicios y nulidades, lo que posibilitará que posteriormente se hable de incumplimiento, siendo este último otro elemento de la responsabilidad contractual. Además se exige la ocurrencia de un daño y el nexo causal entre este y el hecho que originó el mismo. Finalmente se habla en algunos ordenamientos del factor de la imputación.

En relación con el incumplimiento, vale decir que en muchos ordenamientos no existe una definición de la misma y que la terminología para referirse a esta tampoco es unívoca, a veces por ejemplo se habla de inejecución. No obstante, esto es para nosotros, diferentes denominaciones para referirse a “una prestación que no ha sido ejecutada”. Sin embargo, en la ciencia del derecho, estas distinciones terminológicas pueden dar mucho de que discutir, lo que no se hará en este trabajo en relación con este concepto. Pues lo que nos interesa es el contenido del mismo.

Hemos entonces evidenciado que frente a esta noción de incumplimiento la mayoría de los ordenamientos mencionan un incumplimiento esencial o grave. De esto es procedente inferir que existen dos tipos de incumplimiento (i) el incumplimiento esencial y, (ii) el incumplimiento simple. Es ésta una distinción fundamental al momento de determinar los remedios procedentes en cuanto al incumplimiento, pues dependiendo de estas habrá lugar o no a interponer ciertas acciones. Se hace entonces evidente que siempre se habla de incumplimiento esencial frente a la resolución del contrato, siendo esta la máxima sanción que puede ejercer quien ha sufrido el incumplimiento. No es entonces necesaria, la esencialidad para acciones como el pago por equivalente o la ejecución forzosa.

Como bien se dijo, los ordenamientos jurídicos analizados en el presente trabajo hacen mención de un incumplimiento esencial. Sin embargo no definen en que consiste el mismo. En consecuencia, ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de desarrollar los criterios que la determinan. Entre estos criterios es posible resaltar que existe incumplimiento esencial cuando: (i) afecte sustancialmente la obligación, (ii) cuando sea lo suficientemente grave para justificar la destrucción completa del contrato, (iii) que prive sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, (iv) por el

impacto que se haya podido generar en la economía del contrato o el equilibrio contractual.

Quedó también demostrado que este es un criterio que juega un papel importante en la convención de Viena, no obstante allí se consagra una distinción en relación con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, esto es, además de la esencialidad de incumplimiento, este debe haber sido previsible. Frente a esto último se debe tener en cuenta el criterio de la “persona razonable” para aquellos casos en que las partes no hayan previsto el daño, este será el parámetro para determinar lo que debió haber sido previsible.

Son estos criterios los que el árbitro o el juez deberán analizar en cada caso para determinar la esencialidad del incumplimiento y así dirimir el conflicto contractual ante él.

Por otro lado, en lo relacionado con el factor de imputación se ha dicho que el sistema jurídico Latinoamericano se encuadra dentro de la tradición romanista, pudiéndose analizar cierta homogeneidad en materia de responsabilidad civil. Así entonces “la responsabilidad contractual está montada sobre el criterio de la culpa; así se desprenden no sólo los principios consagrados por los códigos civiles de la región sino también de la posición de la doctrina que se ha encargado de interpretarlos”¹⁸⁹. Esto implica que la culpa ha sido el criterio base para definir la imputabilidad. Sin embargo, el concepto no es único, y es definido por modelos abstractos de comportamiento como el buen padre de familia, el buen hombre de negocios, la persona razonable, entre otros. No obstante lo anterior, “lo cierto es que predomina el modelo concreto del deudor, *diligentia quam suis*, para establecer cuál es el comportamiento exigible; es decir, es el deudor según las circunstancias particulares que rodean la ejecución de la prestación el que determina la conducta que está obligado a desplegar”¹⁹⁰. Más que la

¹⁸⁹ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 211.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 213.

denominación, lo importante es que estas nociones siempre conllevan a la noción de diligencia y el juicio de reproche siempre implicará un análisis frente a un modelo ideal de referencia.

No es ésta la única diferencia, pues encontramos también que en algunos países se ha consagrado una graduación tripartita de la culpa, cosa que no es así en países como Argentina y Uruguay lo cual consideramos acertado desde el punto de vista práctico. Los diferentes grados están relacionados “con la diligencia que se debe emplear; sin embargo el criterio de la graduación de culpas, al decir de la doctrina mayoritaria, se ha revelado como poco práctico y como poco utilizado por la jurisprudencia, de tal suerte que la doctrina, frente al contenido normativo, parece preferir un concepto de culpa, no atado a ninguna graduación, es decir unitario”¹⁹¹.

Queda claro que el sistema jurídico Latinoamericano está sentado sobre el concepto de culpa por lo que ante la unificación se hace indispensable como elemento de la responsabilidad civil contractual, pues como dice Edgar Cortés, “no reconocerlo sería desconocer la cultura jurídica”¹⁹². No siendo necesaria la inclusión de la clasificación tripartita, la cual claramente ha sido desechada por los países en los cuales se encuentra consagrada. Por ende al momento de establecer criterios unificadores habrá de incluirse un concepto único de culpa.

Se debe sin embargo hacer la salvedad, en tanto no todo el derecho de responsabilidad contractual Latinoamericano es subjetivo. Pues como se mencionó previamente están plenamente incorporadas en los ordenamientos tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva. Al respecto se ha dicho que cada vez son más los casos de responsabilidad objetiva y que si bien la culpa tiene un

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 212.

¹⁹² *Ibíd.*, p.215.

papel fundamental en nuestra tradición jurídica, ya no es tan predominante como antes.

Lo analizado hasta este punto es trascendental al momento de pensarse en una unificación de la responsabilidad civil contractual a nivel de Latinoamérica. Ha quedado claro cuáles son esos elementos comunes o similares a los diferentes sistemas jurídicos analizados, dándonos esto una noción general de lo que actualmente existe a nivel de responsabilidad civil. Se ha hecho un esbozo general de lo que debe incluir un proyecto unificador. No obstante, es necesario definir en que debe consistir este proyecto unificador. Fue buscando este fin que de manera general se mencionó algunos de los elementos que pueden servir de referente para la elaboración de este proyecto. Se hizo alusión entonces a la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, se habló de la organización MERCOSUR, se mencionó el marco común de referencia Europeo y de manera concisa se contó en qué consistía el arbitraje internacional.

Se hicieron entonces evidentes, en relación con la Convención, la existencia de algunas semejanzas y diferencias de la misma frente a la generalidad de los sistemas de responsabilidad civil contractual en América Latina. Entre las diferencias encontramos que de manera general las normas unificadas, como la convención, suelen acercarse al derecho anglosajón dejando a un lado conceptos muy relevantes en los sistemas Latinoamericanos como lo es la culpa. Como consecuencia de ello no se habla tampoco de la diligencia, basándose exclusivamente en un incumplimiento excusable o inexcusable, partiendo entonces como se dijo de una responsabilidad objetiva. Además nos encontramos con conceptos como la persona razonable, tema al que nos referimos previamente.

Lo anterior no significa que estas normas unificadas no sean aplicables o útiles a nuestro ordenamiento o como base de estudio. Basta decir que normas como la convención ya hace parte del derecho interno de los países mencionados a lo

largo de este trabajo, pues todos ellos la han ratificado. Se trata entonces de conceptos que ya están integrados a estos ordenamientos y que no son incompatibles con los mismos pues muchas veces esa distinción terminológica no acarrea diferencias sustanciales importantes.

Se podría decir entonces que si bien dentro de la convención no hay un criterio de culpa, al hablarse de *persona razonable* se está incorporando en cierta medida el criterio de diligencia, siendo este último la contracara del primero como se planteó a lo largo de este trabajo. Esto daría lugar a hablar de una “objetivización” de la culpa. Se debe además tener presente que la responsabilidad objetiva no es un elemento extraño a los sistemas jurídicos analizados, tema previamente mencionado en este capítulo.

En cuanto a las semejanzas, encontramos que también en la convención hay lugar a diferentes tipos de incumplimiento, siendo el incumplimiento esencial el más grave de estos y el único que puede dar lugar a sanciones como la resolución del contrato. Esto último es idéntico a los ordenamientos jurídicos analizados con la salvedad hecha previamente en relación a la previsibilidad.

En términos generales es posible afirmar que la convención ya cumple en América Latina la función de norma unificada, los artículos de la misma ya son aplicables en todos estos ordenamientos (los que la han ratificado). Cabe resaltar que en aquellos casos en los que surja un conflicto, como frente al incumplimiento, la convención consagra diferentes opciones. Por un lado, cuando las partes contratantes tengan sus establecimientos en Estados parte de la convención, se aplicara la misma. Para ello se tomarán como base las fuentes mencionadas en el capítulo III con las cuales se dirimirá el conflicto.

Habrà de tomarse en consideración cuáles son las normas de conflicto aplicables, en primer lugar mirando aquellas de carácter internacional, y en su defecto, las

normas conflictuales de carácter nacional. Esto nos llevará a determinar las normas sustanciales o materiales aplicables, ya sea a nivel internacional o nacional. Con el fin de evitar el análisis anterior, las partes contratantes de mutuo acuerdo podrán elegir el juez o árbitro que conocerá del conflicto y adicionalmente elegir la normatividad aplicable al mismo. Esta potestad desde nuestra perspectiva implica grandes ventajas a nivel de Latinoamérica por las grandes semejanzas existentes entre uno y otro sistema lo cual facilitaría la práctica jurídica al momento del litigio en cualquier de los países. Esto bajo el supuesto de que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad privada, elijan una de las normatividades latinoamericanas. Puesto que si su intención es evitar la aplicación de la normatividad de su país o una semejante no tendría sentido escoger la normatividad de otros de los países de ésta región.

Ahora bien, sobre el papel del arbitraje internacional, como se ha mencionado a lo largo del trabajo, juega un rol esencial como mecanismo alternativo en la solución de conflicto que se presentan en el derecho contractual internacional, sin embargo, se reconoce que se presentan múltiples controversias en cuanto a la parte procesal se refiere y que requiere de un largo desarrollo teórico para su comprensión y análisis, y así lo reconoce Michele Taruffo al afirmar que “sería necesario al respecto un largo tratado(...) puesto que la experiencia del arbitraje internacional es sumamente compleja y variada (...) y exigiría profundos análisis sociológicos, económicos y hasta éticos, además de jurídicos”¹⁹³.

No obstante, es importante tener como referente este método alternativo, ya que ante un eventual proceso de unificación sería necesario la adopción de normas generales del derecho procesal que permitan unidad sobre la forma y el fondo de resolución de los conflictos. Esta uniformidad puede verse reflejada en nuestro continente con el MERCOSUR, organismo que, mediante la adopción de Tratados que regulan la resolución de conflictos mediante el arbitraje como instrumento

¹⁹³ TARUFFO, Michele. P. cit., p. 99

para ello. Esto puede ser considerado como un referente en pro de unificar criterios procesales en nuestro sistema jurídico.

En el mismo sentido se hizo referencia al Marco Común de Referencia Europeo el cual, como instrumento que consagra instituciones generales del derecho de los contratos en el continente europeo, podría servir de modelo mediante el cual se busque regular el ámbito sustancial en el ordenamiento jurídico latinoamericano, estableciendo así normas que consagren principios y figuras jurídicas básicas que puedan dar lugar a la unificación. Sobre esta unidad es dable mencionar que “no se trata solo de determinar cuál es la ley aplicable a un caso controversial, luego de revisar las normas de colisión y de remisión, sino que se trata más bien saber, de antemano cuales son los principios y las normas que regulan una materia, para así obrar en consecuencia”¹⁹⁴.

Una vez realizado este análisis, teniendo en cuenta lo consagrado en los ordenamientos jurídicos frente a la responsabilidad civil contractual, y tomando en cuenta los referentes del derecho internacional, nos atrevemos a decir que, en principio, como proyecto unificador consideramos como la opción más viable la realización de un compendio normativo en el cual se incluyan los principios generales e instituciones jurídicas que rigen la contratación, y un eventual incumplimiento de la misma. Más que viable, pensamos que es ésta la mejor opción a mediano plazo buscando con la misma que los ordenamientos jurídicos sigan una línea homogénea. Se tratará entonces como una Ley Modelo de manera que todo cambio legislativo que se realice internamente este encaminado a respetar unos postulados y principios básicos. Buscando así una unidad normativa a nivel de Latinoamérica.

¹⁹⁴ CORTÉS, Édgar. Op. Cit., p. 206.

BIBLIOGRAFIA

ALEGRE, Juan Carlos. Cargas Probatorias Dinámicas en el derecho de daños. Dinamicas.Rubinzl-Culzoni editores, 2004.

ALEMANIA. CORTE SUPREMA. Sentencia del 25 de junio de 1997. Laudo 235. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>

ARAMBURO Calle, Maximiliano. "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia, apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI." En: Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana .Medellín, Colombia, 2008, Vol.38, No. 108. [En línea]. Disponible en: <http://www.lexbasecolombia.net/revistauniversitaria/ubolivariana/ub-108-38/Responsabilidad%20Civil.htm>

BANCHIO.E.C. "Principales reformas introducidas en materia de responsabilidad civil (según proyecto de la Comisión Federal 1993)". En: BUERES, A.J. y KEMELMAJER DE CARLUCCI. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 95-103. Citado por: MOLINARI Valdés, Aldo. "De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil". Santiago, Chile: LexisNexis, 2004.

BAREIRO, José Sergio. Cargas Probatorias Dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar? Dinamicas.Rubinzl-Culzoni editores, 2004.

BONIVENTO FERNANDEZ. Los principales contratos civiles y comerciales.8ª edición. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009. Tomo II.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional de los Negocios. Universidad Externado de Colombia. Tomo III.

CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA. Corporación habitacional. San Lorenzo S.A., Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de julio de 2005, rol No 204-05, numero identificador Legal Publishing 36693.

CN Civ. Sala E 25/8/97 “Soria, Pablo A c. Edwac S.R.L.” LL 1998 – C- 275; DJ, 1998-2-691 (jurisprudencia Argentina)

CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Situación actual 1985 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. [En línea]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html [2013, abril 19].

_____. _____. Situación actual. 1958 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [En línea]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. [2013, abril 19].

CNUDMI. Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Artículo 1757: “Incumbe probar las obligaciones o si extinción al que alega aquella o ésta.”

_____. _____. Sentencia C-1008/10. MP: Luís Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 2012.

_____. _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de Noviembre de 1986. M.P: Héctor Gómez Uribe.

_____. _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

_____. _____. Sala de Casación Civil. 21 de enero de 2013. M.P Margarita Cabello Blanco. Cita a: Sent. Cas. Civ., 23 de noviembre de 1990, G.J. 2443, p. 64 y s.s.).

_____. _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7451.

_____. _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de junio de 1997. CORTES, Edgar. La Culpa Contractual en el Sistema Jurídico Latinoamericano. 2ª Ed. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CORTÉS, Édgar. La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CHILE. CORTE DE APELACIÓN. Primera Sala. Fallo No 7008-2009 del 25 de Mayo de 2011.

CHILE. CORTE SUPREMA. Sentencia del 24 de Julio de 2007.

DALLA VIA, Alberto. "Mercosur: perspectivas desde el derecho privado. Soluciones de Controversias. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1993.

DIAZ, Soledad; ROTHSCHILD Julie y RUANOVA, Mariela. El acuerdo de arbitraje comercial internacional del MERCOSUR. En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo.

ESTRELLA, Yrma Flor. El nexo causal en los procesos de responsabilidad civil extracontractual. Tesis para magister en derecho con mención en derecho civil y comercial. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor San Marcos, 2009.

FERNANDEZ, Bonivento. Los principales contratos civiles y comerciales. Librería ediciones del profesional Ltda., 2009. p. 526. Tomo II.

FRANCO VARGAS, María Helena. Derecho y Economía. Leyer, 2012. p. 24

GAILLARD, Emmanuel. Aspectos Filosóficos del derecho del arbitraje internacional. Grupo Editorial Ibáñez, 2012. Colección Cátedra Bancolombia.

GOMEZ VASQUEZ, Carlos. Teoría del Contrato. Universidad de Medellín, 2011.

J. GRANDMOULIN DE VINEY, Genevieve. Tratado de derecho civil: Introducción a la Responsabilidad. Universidad Externado de Colombia, 2007. Traducido por Fernando Montoya Mateus.

JORDANO Fraga, Francisco. "Anuario de Derecho Civil. Estudio Monográfico: Obligaciones de medios y resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", 1991.

JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DE DERECHO CIVIL A CORUÑA. (15: 8-9, abril, 2011: Murcia, España). “Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. Murcia: Universidad de Murcia, 2011.

JOSSERAND, Louis. “les transports en service interieur et en service international. Citado por: TAPIA SUAREZ, Orlando. De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Santiago de Chile: Universidad de Concepción. Lexis Nexis, 2006.

MARTIN PAIVA, Roberto. “El incumplimiento esencial en la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.” p.6. [En línea]. Disponible en: <http://www.paiva-balatti.com.ar/Paiva-incumplimiento-esencial-en-ISG.pdf> .

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 9ª Ed. Medellín: Editorial DIKE, 1996.

MOSSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS, Miguel. Responsabilidad contractual. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2007.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 8ª Ed. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2008.

OSTERLING PARODÍ, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y Resultados frente a la Responsabilidad Civil. Lima, Perú, 2006. [En línea]. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/articulos/el_tema_fundamental_de_las_obligaciones_de_medios_y_de_resultados_frente_a_la_responsabilidad.pdf.

OSTERLING PARODÍ, Felipe. CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. Derecho Internacional de los Negocios. Universidad Externado de Colombia. Tomo III.

OVIEDO Albán, Jorge. “Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa Internacional de mercaderías.” [En línea]. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_1/cap.%205.pdf

PAPAYANNIS, Diego Martín. El derecho privado como cuestión pública. En: Seminario temas selectos sobre la Responsabilidad Civil (18, abril: Universidad Eafit, Medellín, Antioquia). 2013.

PARRA RODRIGUEZ, Carmen. EL nuevo derecho internacional de los contratos. Universidad Externado de Colombia, 2002.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 0001-2005- PI/TC 20 de Julio de 2006.

PEYRANO, Jorge. Cargas Probatorias Dinámicas. Rubinzl-Culzoni editores, 2004.

PIZARRO Wilson, Carlos (Coordinador). “El derecho de los contratos en Latinoamérica.” Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012.

PIZARRO Wilson, Carlos. “La responsabilidad contractual en derecho chileno” [En línea]. Disponible en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf [2013, febrero 23].

PIZARRO WILSON, Carlos. Bases para unos Principios de Derecho de los Contratos: El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, 2012.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del derecho procesal. Bogotá-Colombia: Temis, 2008. p. 16.

RAMÓN NUÑEZ, Carlos. Historia del derecho civil peruano: siglos XIX-XX. Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, 2005. p. 181.

ROCA GUILLAMÓN, Juan. Armonización, unificación y modernización del derecho de obligaciones y contratos. Universidad de Murcia: .Asociación de profesores de derecho civil. XVI jornadas, 2012.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad contractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

RUEDA María del Socorro. Derecho de las Obligaciones. Capítulo II: Algunas Clasificaciones de las Obligaciones y Régimen Particular. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011. p. 44. Tomo I.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil: Teoría General de la Responsabilidad Contractual. Bogotá D.C: Editorial Temis, 1999. Tomo I.

_____. _____. Tratado de Responsabilidad Civil. Colombia: Editorial Legis. 3ª. Reimpresión, 2008. Tomo I.

TAMAYO LOMBANA, Javier. Manual de Obligaciones: La Responsabilidad Civil como Fuente de Obligaciones. Bogotá D.C: Editorial Temis, 1998.

TAPIA SUAREZ, Orlando. De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Santiago de Chile: Universidad de Concepción. Lexis Nexis, 2006.

TARUFFO, Michele. "Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil. Bogotá Colombia: TEMIS, 2006.

TERRE, F., SIMLER, Ph. y LEQUETTE, Y. Droit civil. Les obligations. 8a ed. Paris: Dalloz, 2002. No 558.

TITO AÑAMURO, John Alberto. Colección Jurídica: Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano. Un Análisis de Método. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2012.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CCI. Laudo No 9887. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. "La noción del incumplimiento esencial en el código civil". En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso. Valparaíso, Chile: 2009.

VISINTINI, Giovanna. Tratado de la Responsabilidad Civil: La Culpa como Criterio de Imputación de la Responsabilidad. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

ZULETA GÓMEZ PINZÓN, Eduardo. Entrevista realizada por *Ámbito Jurídico*. Ley 1563/12. [En línea]. Disponible en: http://www.gpzlegal.com/Documentos/Entrevista_ambito_juridico_a_EZJ.pdf