

ENTENDIMIENTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE CONTRATOS
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS
Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS
COMERCIALES INTERNACIONALES POR LAS CORTES
JUDICIALES: ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO Y SUS
ALTAS CORTES

THE JUDICIAL COURTS UNDERSTANDING
OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS
FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND THE
UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL
CONTRACTS: ANALYSIS OF THE COLOMBIAN CASE AND
ITS HIGH COURTS

ISABEL LÓPEZ PITO

Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.

ORCID ID: 0000-0001-9091-6132

PABLO CASTRO QUINTERO

Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.

ORCID ID: 0000-0002-3800-6622

SEBASTIAN CAMAYO ORTIZ

Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.

ORCID ID: 0000-0001-7801-3184

Recibido: 15.12.2020/ / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5965>

Resumen: La Convención Sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), son dos de los instrumentos más importantes de la contratación internacional; cuestión que no es desconocida por la jurisprudencia de las más altas corporaciones judiciales de Colombia (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia). No obstante, más allá de la importancia que aquellas cortes les reconozcan, es necesario preguntarse si estas tienen un entendimiento adecuado de las disposiciones y artículos que los componen. Así, este escrito pretende responder a esa inquietud analizando algunas sentencias de estas cortes y confrontándolas con una revisión bibliográfica de lo dicho sobre las disposiciones de la CISG y los Principios UNIDROIT citados en aquellas.

Palabras clave: Contratación Internacional, Colombia, CISG, Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Abstract: The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) are two essential instruments on international agreements. The highest Colombian judicial courts (the State Council, the Constitutional and Supreme Courts) acknowledge its significance. However, it is necessary to ensure the proper understanding of the articles and dispositions stated in both the CISG and the UNIDROIT Principles by the most important Colombian judicial courts. Therefore, this manuscript analyzes these instruments comprehension in related judicial decisions and its comparison with the literature.

Keywords: International agreements, Colombia, CISG, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

Sumario: I. Introducción. II. Balance general de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de las altas cortes judiciales de Colombia. 1. Decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. 2. Decisiones judiciales del Consejo de Estado de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. 3. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. III. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia. 1. Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. vs Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros. 2. Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. IV. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. 1. Sentencia C-1008 de 2010. 2. Sentencia C-207 de 2019. V. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 1. Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A. 2. Sentencia SC4420-2014. VI. Conclusiones.

I. Introducción¹

1. La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (mejor conocida como Convención de Viena o CISG en abreviación a *Convention on International Sales of Goods*) y los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT), son sin duda alguna dos de los referentes más importantes en el proceso de modernización del derecho de las obligaciones y de los contratos.² Ambos, además de ser

¹ Este artículo es fruto de las labores académicas al interior del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la Universidad del Cauca, en particular de la ejecución del proyecto de investigación “Cátedra Permanente Samuel Ernesto Constaín González” (inscrito con el id: 5438 ante la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Cauca). Los autores agradecemos a los profesores José Reinaldo Pisso y Orlando de Jesús Mosquera por su constante apoyo al Semillero de Investigación, a ellos recordamos las palabras del Dr. Jesús Hernando Segura (a quien esperamos rendir homenaje póstumo con nuestro trabajo): “Habéis iluminado mi entendimiento y lo habéis guiado con mano certera hacia la verdad, me habéis armado caballero de la causa noble de la Justicia y el Derecho, me habéis educado e ilustrado para afrontar con dignidad la lucha por la vida”.

² Sobre la relevancia de estos instrumentos, Jorge Oviedo Albán sostiene: “Es sabido que la *modernización del derecho de las obligaciones*, más que una simple actualización legislativa de las normas, como tal vez esta denominación pareciera sugerirlo, consiste en un proceso, seguramente el más importante en el derecho privado moderno desde la codificación, que se ha ocupado de la revisión de las estructuras dogmáticas que se originó en las últimas décadas del siglo XX, concretamente a partir del proceso armonizador adelantado por instituciones como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), cuyos instrumentos más relevantes e influyentes han sido la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales más allá de regular (como instrumento de *Hard Law* el primero y *Soft Law* el segundo) el contrato internacional, han incidido enormemente en los procesos de reforma legislativa o de adopción de nuevas leyes sobre la materia expedidas en países de Asia, Europa y América”: J. OVIEDO ALBÁN, *Falta de Conformidad, Mitigación y Subsanación en la Compraventa Internacional*, Bogotá, Editorial Ibañez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2019, p. 21.

instrumentos que “se erigieron como piedras angulares en los esfuerzos por modernizar y armonizar el derecho contractual internacional”,³ logran ser mecanismos adecuados y efectivos para guiar las transacciones comerciales internacionales,⁴ bien porque se ofrezca un régimen moderno, uniforme y eficaz para los contratos de compraventa internacional de mercaderías como es el caso de la CISG,⁵ o bien porque se brinde un parámetro para guiar la parte general de cualquier contrato comercial internacional como ocurre con los Principios UNIDROIT.⁶

2. Tal es la importancia de estos instrumentos internacionales que, en el caso de la CISG, ya son 94 los Estados que son parte de esta Convención al año 2020,⁷ cifra que representa más de las 2/3 partes del comercio internacional y con ello a “todas las regiones geográficas del mundo, todas las etapas de desarrollo y todas las tradiciones jurídicas”.⁸ Además, el éxito de la CISG también se puede medir a través de otros indicadores, tales como el hecho de que existan al menos 4.500 decisiones judiciales o arbitrales en el mundo que la desarrollen,⁹ en que se estime que entre el 70% y el 80% de todas las transacciones de compraventa internacionales se rigen potencialmente por la Convención de Viena¹⁰ y, por si fuese poco, en que la misma ya haya servido de inspiración para el desarrollo de legislaciones sobre Derecho privado en países como Alemania, Holanda y China.¹¹

3. Igualmente, y aunque los Principios UNIDROIT no son un instrumento con categoría de tratado internacional, una investigación de Eleonora Finazzi Agrò demostraba que para el año 2011 ya existían al menos 266 decisiones que desarrollaban los Principios UNIDROIT, de las cuales 107 eran de tribunales domésticos o nacionales y 159 eran laudos emitidos por tribunales arbitrales. Estas decisiones además trataban diversas funciones sobre los Principios en mención, las cuales iban desde usarse como el derecho aplicable al fondo del litigio, hasta referenciarse para demostrar que la solución prevista por el derecho interno era acorde con las normas y reglas vigentes a nivel internacional en materia de contratos, pasando también por citarse como medios de interpretación y complementación al derecho interno aplicable al caso en concreto o, inclusive, respecto de otros referentes internacionales del derecho uniforme como lo es la propia Convención de Viena.¹²⁻¹³

³ Traducción libre. M.J. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 19, 2014, pp. 114–151, p. 114. En sentido semejante: R. MOMBERG URIBE, “Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives”, *Uniform Law Review*, 19 (3), 2014, pp. 411–428, p. 411.

⁴ M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?”, *Uniform Law Review*, 1, 1996, pp. 26–39, p. 39.

⁵ J. GLAVANITS, “How do You Mean It, CISG? -Applying The CISG More ‘21st Century’-Way”, en UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW [UNCITRAL], *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations, 2017, pp. 331 – 338, p. 331.

⁶ M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, “Avances en la Aplicación de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cláusulas Modelo para los Contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (1), 2014, pp. 253 – 268, p. 254.

⁷ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL [CNUDMI], “Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)”. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

⁸ A. E. VILLALTA VIZCARRA, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en CNUDMI, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Naciones Unidas, 2016, pp. 35 – 46, p. 36.

⁹ CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas, 2016, p. xi.

¹⁰ I. SCHWENZER, P. HACHEM, “The CISG—Successes and Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, 57 (2), 2009, pp. 457 – 478, p. 457.

¹¹ J. A. GAVIRIA-GIL, “El enigma de la ausencia de casos sobre CISG en Colombia”, *International Law - Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2015, pp. 249 – 288, p. 253.

¹² E. FINAZZI AGRÒ, “The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures”, *Uniform Law Review*, 16 (3), 2011, pp. 719–733, p. 720 y ss.

¹³ Sobre las funciones de los principios UNIDROIT, Silvana Insignares-Cera y Juan Miguel Cortés –citando a Osvaldo Marzorati– sostienen que: “[...] los Principios de UNIDROIT tienen tres funciones específicas: (i) pueden ser un conjunto de

4. Así, a partir de lo dicho sobre estos dos instrumentos de la contratación internacional, no debería resultar extraño que la CISG sea calificada como “uno de los textos del derecho uniforme de mayor éxito”,¹⁴ lo que es apenas lógico ante su alta receptividad por los Estados de distintos sistemas jurídicos, el nivel de su presencia en el comercio internacional y el índice de casos que la han desarrollado a nivel judicial o arbitral. En igual sentido, tampoco es inadecuado que algunos sostengan que los Principios UNIDROIT han “hecho una contribución masiva a el campo emergente y creciente del derecho comercial transnacional”,¹⁵ pues la cifra de casos que los desarrollan no es en lo absoluto minoritaria.¹⁶ Además, si se comparan los Principios UNIDROIT con otros instrumentos del *Soft Law* sobre contratos comerciales internacionales como lo son los *Principles of European Contract Law* (PECL) o el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), resulta notoria la importancia de los Principios UNIDROIT en el tráfico jurídico de carácter comercial internacional, ya que los Principios tienen una vocación “universal” y los PECL y el DCFR pretenden aplicarse principalmente en el continente europeo o los países que integran la Unión Europea.¹⁷

5. Ahora, en el particular caso colombiano, la importancia de la CISG y los Principios UNIDROIT no es menor a la de la perspectiva internacional, de hecho, la Convención de Viena fue ratificada por Colombia e introducida al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 518 de 1999.¹⁸ Igualmente, Colombia es uno de los 63 Estados miembros del *International Institute for the Unification of Private Law* [UNIDROIT], instituto que precisamente emite los Principios UNIDROIT.¹⁹ Encima, múltiples decisiones de las más altas corporaciones judiciales de Colombia resaltan la importancia de estos instrumentos internacionales en el plano legal colombiano; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de este país (el más Alto Tribunal judicial de su ordenamiento jurídico respecto de asuntos civiles, mercantiles, laborales, penales, entre otros), se ha pronunciado de una manera muy dicente respecto a los Principios UNIDROIT, al punto tal que le reconoce al juez nacional la facultad de remitirse a estos para interpretar e integrar preceptos legales del derecho nacional:

reglas y criterios útiles para la interpretación y complementación de leyes nacionales aplicables a un contrato internacional; (ii) pueden ser un conjunto de reglas y criterios útiles para la interpretación de instrumentos internacionales existentes; y (iii) pueden ser *proper law* del contrato, sea por elección de las partes, o por decisión del árbitro”: S. INSIGNARES-CERA, J. M. CORTÉS, “Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano”, *Revista Jurídicas*, 16 (1), 2019, pp. 11 - 27, p. 15 y 16. En sentido semejante: O. MEYER, “The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law”, *Uniform Law Review*, 21 (4), 2016, pp. 599–611, p. 599 y ss; M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?”, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

¹⁴ P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Comercial Internacional*, Editorial Temis, 2014, p. 21. En sentido semejante P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, sellier. european law publishers, 2007, p. 2; J. KOTRUSZ, “Gap-Filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 14 (1-2), 2009, pp. 119–163, p. 119; G. CALLIESS, I. BUCHMANN, “Global commercial law between unity, pluralism, and competition: the case of the CISG”, *Uniform Law Review*, 21 (1), 2016, pp. 1–22, 18.

¹⁵ Traducción libre. S. VOGENAUER, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts at twenty: experiences to date, the 2010 edition, and future prospects”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 481 – 518, p. 482.

¹⁶ Sobre el particular, Michael Joachim Bonell sostiene que: “con mucho, la contribución más importante que hacen los Principios de UNIDROIT a la creación de un entorno jurídico genuinamente internacional o transnacional para las transacciones comerciales transfronterizas es el papel que desempeñan en el contexto de la solución de controversias internacionales. Los Principios de UNIDROIT se invocan cada vez más a menudo en declaraciones individuales de demanda o defensa para corroborar los argumentos desarrollados en ellas y demostrar su conformidad con las normas aceptadas internacionalmente. Lo que es más importante, los jueces y árbitros se remiten cada vez más en sus decisiones a los Principios de UNIDROIT de diversas maneras”: Traducción libre. M. J. BONELL, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 56 (1), 2008, pp. 1–28, p. 24. Es más, al momento de la presentación de este artículo, la base de datos UNILEX –la cual alberga *case law* y bibliografía sobre los Principios UNIDROIT– reporta disponer de 515 decisiones judiciales o arbitrales que desarrollan los Principios UNIDROIT en diversas jurisdicciones: UNILEX, “Selected Cases by Date”. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/cases/date/all>.

¹⁷ R. MOMBORG URIBE, A. PINO EMHART, “Los Contratos de Larga Duración en la Edición 2016 de los Principios Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 30, (2018), pp. 163 – 191, p. 166.

¹⁸ Ley 518 de 1999, Diario Oficial No. 43.656, de 5 de agosto de 1999.

¹⁹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW [UNIDROIT], “Membership / Etats Membres”. Disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>.

Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto [...] el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos.²⁰

Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia entiende la importancia de la CISG así:

La realidad y la práctica internacional, llevaron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese considerada como uno de aquellos temas que requería, con mayor urgencia, de una regulación uniforme que se adaptase a las necesidades del comercio internacional y que a la vez pudiesen gozar de una aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo. La Convención sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cumplió con estos requisitos y respondió, sin lugar a dudas, a una necesidad sentida dentro de las relaciones económicas internacionales [...] los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en ella regulados facilitan y promueven el comercio internacional de Colombia con los demás países del mundo.²¹

6. De manera más precisa, debe anotarse que las tres altas cortes judiciales de Colombia –Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado (este último es el máximo tribunal del ordenamiento jurídico colombiano para asuntos de lo contencioso administrativo)– han emitido, al momento de la presentación de este escrito, 49 decisiones judiciales en las que se mencionan a la CISG y los Principios UNIDROIT, algunas de ellas refiriéndose de manera no sustancial a estos instrumentos y otras mencionando o analizando directamente artículos y disposiciones de aquellos.²² Si bien estos pronunciamientos no implican una aplicación directa de estos textos del derecho uniforme por no ser la ley aplicable al fondo del litigio, debe considerarse que existe un margen razonable de decisiones judiciales para entender que en el caso colombiano la Convención de Viena y lo Principios UNIDROIT son relevantes; sin embargo, independiente de que las altas cortes judiciales de Colombia reconozcan importancia y tengan una relativamente amplia referencia a dichos instrumentos, ¿tienen estas en sus decisiones judiciales un entendimiento adecuado de las disposiciones y artículos que componen la CISG y los Principios UNIDROIT?

7. La pregunta anterior, más allá de ser el problema jurídico sobre el que pretendemos dar algunas luces en este escrito, también implica un criterio de relevancia en la búsqueda por lograr cumplir los objetivos de los instrumentos internacionales que analizamos, ya que ambos, como textos de derecho uniforme que son, pretenden materializar un régimen común, sólido y universal respecto de las reglas

²⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia 21 de febrero de 2012, rad. sentencia: 11001-3103-040-2006-00537. Sobre la función que tiene los Principios de integrar e interpretar disposiciones del derecho nacional, resulta oportuno mencionar la decisión del 19 de abril de 2018 del Consejo de Estado de Colombia, donde una parte instauró una acción de tutela contra un Tribunal de Arbitramento por no interpretar una disposición del derecho nacional a la luz de los Principios UNIDROIT. Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que: “[...] se descarta el análisis de fondo del defecto sustantivo por no haberse interpretado el alcance del artículo 870 del Código de Comercio de conformidad con los Principios de la UNIDROIT, debido a que el alegato entraña una inconformidad relativa a un asunto de puro derecho que, en principio, no comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante [...] los principios de la UNIDROIT establecen las reglas generales que rigen los contratos mercantiles internacionales en los que las partes haya pactado su aplicación, sin embargo, no excluye la aplicación de estos principios en los contratos nacionales, siempre que las partes del contrato lo hayan pactado de esa manera, pues el derecho contractual tiene sus cimientos en el principio de autonomía de voluntad de las partes. Verificado el Contrato de Cuentas en Participación objeto de estudio, se tiene que entre las partes no se pactó la obligación de interpretar el contrato de conformidad con los principios de la UNIDROIT (principios de autorregulación), omisión frente a la cual prima el principio de territorialidad de la ley, dándose prevalencia a la aplicación de las normas de derecho interno, para este caso, el Código Civil y el Código de Comercio, tal como lo hizo el árbitro de la causa”.

²¹ Corte Constitucional de Colombia 10 de mayo de 2000, rad. sentencia: C-529/00.

²² Esta cifra se deriva de una indagación propia de los autores, la cual se detalla de manera específica en el epígrafe II de este artículo. En el mismo se identifica un balance general de la jurisprudencia colombiana que se relaciona con la CISG y los Principios UNIDROIT, distinguiendo aquellas decisiones judiciales donde se analizan o mencionan precisas disposiciones y artículos de estos instrumentos, de otras donde solo referencian su importancia, les mencionan de forma general, reiteran otras decisiones judiciales que analizan los mismos, citan autores que estudian estos instrumentos u otras cuestiones semejantes.

que rigen las transacciones comerciales internacionales.²³ Precisamente, la CISG, a través de su artículo 7 dispone que: “en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación [...]”,²⁴ redacción casi idéntica a la propuesta por los Principios UNIDROIT en su artículo 1.6, el cual afirma que: “en la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”.²⁵

8. Por lo tanto, el entendimiento que de la CISG y los Principios UNIDROIT tengan las altas cortes judiciales de Colombia resulta un análisis necesario, ya que el hecho de que estos tribunales manifiesten ampliamente la importancia de dichos instrumentos no puede ir acompañado de un entendimiento o una interpretación inadecuada de los mismos; lo anterior, aparte de llegar a ser contradictorio, implicaría un supuesto donde se aleja al plano legal colombiano del régimen común que en materia de transacciones internacionales pretenden ofrecer estos instrumentos. Además, un entendimiento defectuoso de estos textos también podría llevar a “nacionalizar” las figuras e instituciones jurídicas que traen las disposiciones que los componen, es decir, que estas regulaciones y normas sean entendidas en el marco de las instituciones jurídicas nacionales y no a partir del contexto, la uniformidad y la internacionalidad, con la que estos instrumentos del derecho uniforme requieren ser entendidos e interpretados.

9. Siendo así, para responder a nuestra inquietud investigativa, se empleará un análisis sobre algunas de las mencionadas decisiones judiciales que referencien artículos o disposiciones específicas de la CISG y los Principios UNIDROIT, lo que luego se contrastará con el entendimiento que de dichas disposiciones tenga la doctrina, la casuística internacional, los pronunciamientos oficiales de los organismos que directamente emiten los instrumentos que analizamos, entre otros. Del análisis anterior podrá derivarse si los máximos tribunales judiciales de Colombia tienen un entendimiento adecuado de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, al menos de cara a las voces mayoritarias al respecto. Con relación a la estructura de este artículo, la misma se divide, primero, en un balance general de la jurisprudencia colombiana que involucra a la CISG y los Principios UNIDROIT [Epígrafe II]; luego, se examinarán dos sentencias – de conformidad con la metodología propuesta – de cada una de las altas corporaciones judiciales (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado) [Epígrafe III, IV y V]; y, finalmente, se presentarán las conclusiones de nuestro análisis y del escrito en general [Epígrafe VI].

II. Balance general de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de las altas cortes judiciales de Colombia

10. Antes de estudiar la manera en cómo las altas cortes judiciales de Colombia entienden la CISG y los Principios UNIDROIT, resulta oportuno hacer un análisis sobre el panorama general de la jurisprudencia colombiana en las que se mencionan, estudian o analizan estos instrumentos de la contratación internacional. Para tales efectos, debe decirse que no existen mayores estudios dirigidos a identificar cuántas decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional de Colombia existen al respecto, así como tampoco existen trabajos académicos dedicados al análisis de esos pronunciamientos y los motivos por los que las altas cortes referencian a estos textos del derecho uniforme; sin embargo, debemos reconocer que algunos trabajos estudian, de manera aislada o particular y no sistemática, algunas decisiones emitidas por las altas cortes judiciales de Colombia con relación a la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT²⁶

²³ P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Comercial Internacional*, op. cit., p. 21.

²⁴ Art. 7, CISG 1980. Sobre el particular, Pilar Perales Viscasillas informa de la existencia de una principio Pro – Convención, el cual explica en correlación con el artículo 7 así: “El principio Pro-Convención, por una parte, dicta una interpretación a favor de la aplicabilidad de la CISG y, por consiguiente, una interpretación internacional y uniforme (artículo 7) [...]”: Traducción libre. P. PERALES VISCASILLAS, “Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 22 (1), 2017, pp. 4–28, p. 18.

²⁵ Art. 1.6, Principios UNIDROIT 2016.

²⁶ Al respecto, véase por ejemplo a: J. OVIEDO ALBÁN, “UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts:

11. Ahora, entre los limitados estudios o labores académicas que se dirigen a identificar la existencia o el número de las mencionadas decisiones judiciales, pueden citarse los trabajos de: I) Juan Antonio Gaviria-Gil, quien precisamente analiza la ausencia de casos sobre la CISG en Colombia, entendiendo ausencia como la inexistencia de decisiones judiciales en este país donde el derecho aplicable al fondo del litigio sea la Convención de Viena; sin embargo, reconoce la existencia de “al menos cinco sentencias de las altas cortes colombianas que hacen referencia a la CISG”;²⁷ II) la base de datos “CISG: España y Latinoamérica” de la Universidad Carlos III de Madrid, la cual reconoce la existencia de cinco sentencias que referencian a la CISG emitidas por altas cortes judiciales de Colombia, particularmente de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional;²⁸ y III) la base de datos UNILEX con Michael Joachim Bonell como editor en jefe, la cual confirma la existencia de cuatro decisiones judiciales de los máximos tribunales colombianos con relación a los Principios UNIDROIT y dos respecto de la Convención de Viena.²⁹

12. No obstante las anteriores referencias, consideramos necesario iniciar una búsqueda propia para identificar el número exacto de pronunciamientos de las más altas corporaciones judiciales de Colombia en las que se referencie a la CISG y/o a los Principios UNIDROIT, ello con el ánimo de entregar la información más precisa posible en cuanto al balance general que pretendemos presentar. La búsqueda de estas decisiones implicó una pesquisa en bases de datos sobre *Case Law* de la UNIDROIT y la CISG,³⁰ bases de datos sobre jurisprudencia colombiana³¹ y, finalmente, en la formulación de derechos de petición ante las tres altas cortes judiciales de Colombia, en los cuales se solicitaba la remisión de todas las decisiones judiciales que se encontraran en sus bases de datos internas y se relacionaran con el objeto de nuestra investigación. Como parámetro de búsqueda a nivel temporal, se decidió dirigir la pesquisa a un periodo ubicado entre 1980 (año de expedición de la CISG) y el año 2020.

13. Al respecto, se encontraron 49 decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de Colombia que referencian a la Convención de Viena y a los Principios UNIDROIT, de las cuales 17 citan en específico alguna disposición o artículo de estos instrumentos y 32 solo referencian su importancia, los mencionan de forma general, reiteran otras decisiones judiciales u otras cuestiones semejantes, motivo por el que estas últimas no resultan relevantes para el balance general ni para el objetivo de este artículo, el cual busca evidenciar si estas decisiones representan un correcto entendimiento de las disposiciones de los instrumentos del derecho uniforme que estudiamos.³² Las 17 sentencias restantes que sí analizan artículos o disposiciones específicas de

With regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, *Uniform Law Review*, 19 (1), 2014, pp. 106–113, p. 107 y ss.; S. INSIGNARES-CERA, J. M. CORTÉS, *op. cit.*, p. 24. S.C. FIGUERA VARGAS, M.A. ANAYA TORRES, “Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la Lex Mercatoria”, *IUS ET VERITAS*, 57, 2019, pp. 30-42, p. 31 y ss. É. I. LEÓN ROBAYO, *La nueva lex mercatoria en el derecho latinoamericano de contratos*, Valencia, Editorial Universidad del Rosario. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 185 y ss.

²⁷ J. A. GAVIRIA-GIL, *op. cit.*, p. 256.

²⁸ CISG: España y Latinoamérica, “Colombia – Jurisprudencia”. Disponible en: <https://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/colombia/>.

²⁹ UNILEX, “Selected Cases by Domestic Law Involved”. Disponible en: http://www.unilex.info/principles/cases/keywords/155#COLOMBIAN_LAW_BY_DOMESTIC_LAW_INVOLVED. UNILEX, “Selected Cases by Country”. Disponible en: http://www.unilex.info/cisg/cases/country/50#country_Colombia.

³⁰ Dentro de las bases de datos consultadas se encuentran: UNILEX. Disponible en: <http://www.unilex.info/>. Albert H. Kritzer, CISG Database. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/>. CLOUT. Disponible en: <https://www.uncitral.org/clout/>. CISG: España y Latinoamérica. Disponible en: <https://www.cisgspanish.com/>

³¹ Dentro de las bases de datos consultadas se encuentran: Relatoría Corte Suprema de Justicia de Colombia. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>. Relatoría Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>. Relatoría Consejo de Estado de Colombia. Disponible en: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>. Vlex. Disponible en: <https://app.vlex.com/libraries/jurisprudencia-colombiana-28>. Legis. Disponible en: http://legal.legis.com.co/Normatividad_Leyes_Legis/jurisprudencia%20colombiana.

³² Estas decisiones son: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 1 de julio de 2008, rad. sentencia: 1100131030402001-00803-01. Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 5 de noviembre de 2013, rad. sentencia: 20001-3103-005-2005-00025-01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de noviembre de 2013, rad. sentencia: 66001-23-31-000-2002-00391-01(31431). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de enero de 2014, rad. sentencia: 25000232600020021616 01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 28 de abril de 2014, rad. sen-

la Convención de Viena y/o de los Principios UNIDROIT, se expondrán en las siguientes tablas diferenciándose por el organismo judicial que las expidió, la identificación precisa de las sentencias y las respectivas disposiciones de los instrumentos internacionales que fueron citadas en ellas.

1. Decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 10 de mayo del 2000, rad. sentencia: C-529/00, M.P: Antonio Barrera Carbonell	Análisis de constitucionalidad de la Ley 518 de 1999, por la cual se aprueba para Colombia la CISG (se mencionan variedad de artículos de la Convención)
Decisión del 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008/10, M.P: Luís Ernesto Vargas Silva	Art. 74, CISG 1980 Art. 7.4.4, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19, M.P: Cristina Pardo Schlesinger	Art. 3.3.1 y 3.3.2, Principios UNIDROIT 2016

2. Decisiones judiciales del Consejo de Estado de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 29 de agosto de 2013, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2000-00238-01(24698), M.P: Danilo Rojas Betancourth	Art. 7.1.1, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983), M.P: Olga Mélida Valle De La Hoz	Art. 14 y 19, CISG 1980
Decisión del 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113), M.P: Ramiro Pazos Guerrero	Art. 26 y 81, CISG 1980 Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 26 de julio de 2016, rad. sentencia: 11001-03-06-000-2015-00102-00(2257), M.P: Álvaro Namén Vargas	Art. 7.1.1, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 24 de agosto de 2016, rad. sentencia: 19001-23-31-000-2007-00147-01(41783), M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Art. 49 a 64, CISG 1980 Art. 7.1.5 y 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 20 de febrero de 2017, rad. sentencia: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562), M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Art. 49 a 64, CISG 1980 Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 20 de junio de 2019, rad. sentencia: 25000-23-37-000-2014-01209-01(22610), M.P: Jorge Octavio Ramírez	Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2016

tencia: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 12 de marzo de 2014, rad. sentencia: 410012331000199800884 01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de marzo de 2014, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 9 de julio de 2014, rad. sentencia: 66001-23-31-001-2000-00677-01(33831) acumulado con 66001-23-31-001-2001-00167-01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 18 de marzo de 2015, rad. sentencia: 47 001 23 31 000 2001 00842 01 (31618). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 13 de abril de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 20 de abril de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 6 de mayo de 2015, rad. sentencia: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).

3. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 16 de diciembre de 2010, rad. sentencia: 11001-3103-008-1989-00042-01, M.P: Arturo Solarte Rodríguez	Art. 77, CISG 1980
Decisión del 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 30 de agosto de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 49 a 64, CISG 1980 - Art. 7.3.1, 7.3.2 y 7.3.3, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 21 de febrero de 2012, rad. sentencia: 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 79, CISG 1980 - Art. 6.2.1 y 6.2.3, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona	Art. 64, CISG 1980
Decisión del 9 de febrero de 2018, rad. sentencia: SC130-2018, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo	Art. 18, CISG 1980
Decisión del 7 de septiembre de 2020, rad. sentencia: SC3273-2020, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona	Art. 1.7, Principios UNIDROIT 2016

14. De las tablas anteriores se puede derivar algunos datos interesantes, tales como: I) de las 17 decisiones judiciales 11 abordan alguna disposición de la Convención de Viena y 12 refieren algún artículo de los Principios UNIDROIT en sus ediciones de los años 2004, 2010 y 2016; II) diez de las sentencias referencian solo uno de los instrumentos internacionales y siete a la CISG y los Principios UNIDROIT en conjunto; III) El Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia de Colombia son los organismos que más referencian a la CISG y los Principios UNIDROIT en su jurisprudencia con siete sentencias cada uno; y IV) el magistrado ponente que ha actuado en el mayor número de sentencias que citan a la Con-

Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 4 de septiembre de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 9 de septiembre de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2009-00526-01(45088). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 15 de octubre de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2010-00184-01(46903). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 26 de noviembre de 2015, rad. sentencia: 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 3 de diciembre de 2015, rad. sentencia: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de enero de 2016, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 31 de mayo de 2016, rad. sentencia: 47001-23-31-000-1999-01107-01(29209). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2017, rad. sentencia: 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 5 de abril de 2017, rad. sentencia: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 19 de julio de 2017, rad. sentencia: 68001-23-31-000-2011-00554-01(57394). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 30 de agosto de 2017, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2004-01713-01(38205). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 14 de septiembre de 2017, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2003-02367-01(38515). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 19 de abril de 2018, rad. sentencia: 11001-03-15-000-2017-03461-00(AC). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 18 de septiembre de 2018, rad. sentencia: 11001-03-15-000-2018-00688-01(AC). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 1 de octubre de 2018, rad. sentencia: 13001-23-31-000-2012-00022-01(57897). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 8 de mayo de 2019, rad. sentencia: 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 16 de noviembre de 2018, rad. sentencia: STC14966-2018. Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación laboral) 6 de febrero de 2019, rad. sentencia: STL1149-2019. Consejo de Estado de Colombia (sección cuarta) 26 de febrero de 2020, rad. sentencia: 25000-23-37-000-2014-00099-01(22375). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de febrero de 2020, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714).

vención de Viena y a los Principios UNIDROIT es William Namén Vargas con tres decisiones judiciales. Una vez presentado el balance general sobre la jurisprudencia colombiana que trata a los instrumentos internacionales objeto de estudio de este artículo, procedemos a desarrollar el análisis de seis de estas sentencias de conformidad con la metodología propuesta en la introducción de este escrito.

III. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia

1. Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. vs Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros

15. Los hechos que dieron lugar a la controversia tuvieron su origen en la oferta denominada prospecto de colocación de acciones de la empresa Cerrejón Zona Norte S.A., que en su primer tramo fue ofrecida a la Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. Tal asociación realizó una oferta por la totalidad de las acciones, la cual fue rechazada por la empresa al no ser una declaración de voluntad irrevocable, unilateral e incondicional. Posteriormente, se dio la venta de la totalidad de las acciones a otra empresa y debido a eso la demandante reclamó la nulidad de ese contrato.³³

16. En este contexto, el Consejo de Estado colombiano se refirió al artículo 14 de la CISG indicando que: “la propuesta para celebrar un contrato, enfocada a una o varias personas determinadas, será una oferta si tiene suficiente precisión y señala la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación”.³⁴ Específicamente, dicho artículo de la Convención de Viena sostiene que:

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.³⁵

17. El artículo 14 de la CISG se encuentra en el apartado de “formación del contrato” y representa uno de los preceptos que tratan específicamente la oferta en el marco de la Convención.³⁶ El primer párrafo indica los requisitos para que una proposición sea considerada como una oferta dentro de la Convención, los cuales son que la propuesta sea suficientemente definida y que esta a su vez manifieste la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.³⁷ Vale anotar que la intención del oferente no obliga explícitamente a plasmar la indicación de “oferta del contrato” dentro del mismo para atar directamente al ofertante, sino que lo realmente importante es que del texto de la oferta pueda deducirse que, en caso de aceptación, se dé lugar al nacimiento de un contrato.³⁸

³³ Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

³⁴ Ibidem.

³⁵ Art. 14, CISG 1980.

³⁶ E. ALLAN FARNSWORTH, “Formation of Contract”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>

³⁷ E. ALLAN FARNSWORTH, “Formation of Contract”, *op. cit.*; C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, “Article 14 [Requirements for an Offer]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 121 – 130, p. 121; N. MAHASNEH, “Subject matter and consideration of the contract: the approaches of the 2010 UNIDROIT PICC, the 1980 CISG, and the 1976 Civil Code of Jordan”, *Uniform Law Review*, 19 (3), 2014, pp. 390–410, pp. 392-393; R. FONTALVO RAMOS, “La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías: diferentes formas de alcanzar su perfeccionamiento”, *Revista de Derecho Privado*, 57 (1), 2017, pp. 1-20, pp. 4-5.

³⁸ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#iv>.

18. Así, en primera medida se ha entendido que la intención de quedar obligado, en caso de que el destinatario acepte la propuesta, es lo que diferencia a una oferta de una mera negociación no vinculante entre las partes del contrato³⁹ o de una simple invitación a hacer ofertas (lo que explica la existencia del segundo párrafo del artículo 14).⁴⁰ Dicha intención, puede demostrarse mediante los criterios del artículo 8 de la Convención, por el cual se evalúa la verdadera voluntad de obligarse a la luz de, entre otros factores, los actos o declaraciones durante la negociación o posterior a la misma.⁴¹ Por otro lado, la oferta deberá ser precisa respecto a la indicación de las mercaderías, su cantidad y el precio.⁴²⁻⁴³ Sin embargo, se ha establecido que dichos elementos o sus características específicas pueden dejarse abiertos para su futura determinación⁴⁴ y, además, que componentes como la calidad de las mercancías, el embalaje o los lugares de entrega no deben figurar obligatoriamente en la oferta.⁴⁵

19. Particularmente, en relación a las mercaderías se ha determinado que pueden especificarse de forma individual o genérica y que no se requiere referencia específica a la calidad de las mismas.⁴⁶ Por otra parte, en lo concerniente a la cantidad como requisito de precisión de la oferta, se ha dicho que se cumple con lo establecido en el artículo 14, si se indica expresa o implícitamente la misma o si se prevé un medio para determinarla.⁴⁷ Finalmente, en relación el precio, Cristoph Brunner, Stefanie Pfisterer y Pascale Köster consideran que: “el precio puede fijarse como un precio total o un precio por unidad, derivarse de una referencia expresa o implícita a las listas de precios y a los precios de la bolsa o del mercado, de las prácticas y usos según el Art. 9”.⁴⁸

20. Ahora bien, antes de analizar si fue correcto el entendimiento por parte de la Corporación del artículo 14 de la CISG, debemos agregar que en la misma providencia el Alto Tribunal realizó otra exposición en relación al artículo 19 de la Convención de Viena. Así, denotó que dentro de dicho precepto, se indica que cualquier aceptación que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y al mismo tiempo como una contraoferta. Igualmente, resaltó la existencia de una excepción a dicha regla contenida en el párrafo 2 del artículo 19.⁴⁹ Inicialmente, el artículo 19 de la CISG indica lo siguiente:

³⁹ C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 122-123; I. SCHWENZER, F. MOHS en “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzler-mohs.html>; Z. YUQING, H. DANHAN, “The New Contract Law in the People’s Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison”, *Uniform Law Review*, 5 (3), 2000, pp. 429-440, p. 432; E. MUÑOZ. “Las reglas clásicas sobre la formación del contrato en los derechos internos Iberoamericanos”, *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, 3, 2015. Disponible en: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/433>

⁴⁰ I. SCHWENZER, F. MOHS, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *op. cit.*

⁴¹ C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 122-123; A. KOMAROV, “Contract interpretation and gap filling from the prospect of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 22 (1), 2017, pp. 29-46, p. 34-35. Dicha interpretación basada en el artículo 8 de la Convención ha sido utilizado en casos como: Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997, case number: 3PZ97/18. Disponible en: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_215_leg-1438.html?lng=es

⁴² P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercaderías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

⁴³ Autores como Cristoph Brunner, Stefanie Pfisterer y Pascale Köster indican que también es necesario la identificación del oferente y del destinatario: C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁴ I. SCHWENZER, F. MOHS, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *op. cit.* Por otra parte, otros autores indican que, lo esencialmente necesario para considerarse como una oferta válida es la determinabilidad de los puntos principales (mercancía, cantidad y precio): C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124-125.

⁴⁵ C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 125-126. Sin embargo, se ha identificado en algunos casos que una referencia a la calidad de una manera no tan precisa, constituye cumplimiento del requerimiento del Art 14: Tribunal Supremo, Austria, 10 de noviembre de 1994, case number: 2 Ob 547/93. Disponible en: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_106_leg-1309.html?lng=es; Oberster Gerichtshof, Austria, 20 de marzo de 1997, case number: 2 Ob 58/97m. https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_189_leg-1078.html?lng=es

⁴⁷ CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2016, p. 101.

⁴⁸ Traducción libre. C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 126-127.

⁴⁹ Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.⁵⁰

21. Así pues, el artículo refiere a las distintas situaciones presentes en la vida comercial, en las que realizada una oferta, la respuesta, que pretende ser una aceptación, establece una o más disposiciones que se añaden o son incompatibles con los términos de la misma.⁵¹ En particular, ha sido mayormente aceptado por la doctrina que dentro del párrafo 1 de la norma se estableció la regla tradicional,⁵² la cual indica que esa supuesta aceptación con modificaciones es en realidad un rechazo y una contraoferta.⁵³ En ese sentido, el comentario de la Secretaría de la CISG sobre el artículo 17 en el proyecto de 1978 (proyecto de contrapartida del artículo 19 de la Convención de Viena) se establece que:

Esta disposición refleja la teoría tradicional de que las obligaciones contractuales surgen de expresiones de acuerdos mutuos. En consecuencia, una aceptación debe cumplir exactamente con la oferta. Si la supuesta aceptación no concuerda completamente con la oferta, no hay aceptación sino que se hace una contraoferta que requiere la aceptación de la otra parte para la formación de un contrato.⁵⁴

De esta manera, se establece que una declaración de aceptación que no sea igual en su contenido a la oferta, se constituirá como una contraoferta⁵⁵ y deberá ser aceptada expresamente por el destinatario.⁵⁶ Por otra parte, no es necesario que en la aceptación se utilicen las mismas palabras empleadas en la oferta, siempre y cuando las diferencias en la redacción no cambien las obligaciones de las partes.⁵⁷

22. Como ya se mencionó, la regla establecida en dicho artículo obedece al enfoque tradicional de la oferta;⁵⁸ sin embargo, el artículo 19 en su apartado segundo establece la excepción a la misma.⁵⁹ En concreto, el párrafo 2 indica que cuando una respuesta contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren material o sustancialmente la oferta, ésta constituirá una aceptación a menos que el oferente se oponga sin demora injustificada. Por su parte, el párrafo 3 ofrece una lista parcial de ejemplos o cuestiones cuya modificación se debe considerar como una afectación material de la oferta;⁶⁰ ejemplos

⁵⁰ Art. 19, CISG 1980.

⁵¹ J. O. HONNOLD, "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

⁵² P. SCHLECHTRIEM, "Uniform Sales Law-The UN. Convention on Contracts for The International Sale of Goods". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-19.html>

⁵³ Así, la "mirror rule" presente en los diferentes sistemas jurídicos del mundo exige uniformidad entre la oferta y la aceptación para la formación de un contrato: E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb19.html>. J. LOOKOFKY, "Article 19 - Mirror Image and Battle of Forms". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo19.html>. J. S. ZIEGEL, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/ziegel19.html>

⁵⁴ Traducción libre. SECRETARIAT COMMENTARY, "Guide to CISG Article 19". Disponible: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-19.html>

⁵⁵ Resulta necesario indicar la importancia que reviste aquí el artículo 14 anteriormente señalado, en tanto que tal contraoferta así considerada igualmente deberá cumplir con los requisitos de la oferta dentro de la Convención, de esta manera se ha señalado en el caso: Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 4 de marzo de 1994, case number: 10 U 80/93. Disponible en: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_121_leg-1324.html?lng=es

⁵⁶ C. BRUNNER, S. PEISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁷ SECRETARIAT COMMENTARY, "Guide to CISG Article 19", *op. cit.*

⁵⁸ I. SCHWENZER, F. MOHS, "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", *op. cit.*

⁵⁹ E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". *op. cit.*

⁶⁰ No obstante, a pesar del planteamiento estricto que parece tener el párrafo 3 de la norma, en la siguiente decisión se indi-

de esas alteraciones que pueden estimarse como sustanciales han sido: la exigencia de una garantía, la propuesta de una cláusula contractual de indemnización por daños y perjuicios o la propuesta de derechos de retractación.⁶¹

23. A partir de lo anteriormente expuesto, puede decirse que el entendimiento dado por el Consejo de Estado a los artículos 14 y 19 de la CISG en su sentencia fue adecuado. Particularmente, la comprensión del artículo 14 fue correcto porque, a pesar de no hacer un estudio extenso sobre los elementos de la oferta en sí misma, sí resaltó los componentes más importantes señalados por la doctrina mayoritaria, como lo son que la oferta tenga suficiente precisión y que la intención del oferente sea quedar vinculado en caso de aceptación.⁶² Correcto también fue, a nuestro parecer, la comprensión por parte de la Corporación del artículo 19 de la CISG, ya que como lo expresó este organismo, este precepto indica que la aceptación que contenga adiciones, modificaciones o limitaciones se constituirá, al mismo tiempo, como un rechazo y una contraoferta.⁶³ Del mismo modo agregó que el artículo 19 trae también una excepción a la regla general dentro de su párrafo 2,⁶⁴ lo que es adecuado, pues como se ha expuesto a lo largo de este análisis, el primer apartado del artículo constituye la regla tradicional que prescribe la obligatoriedad de la identidad entre la oferta y la aceptación, mientras que el segundo apartado implica que cuando las modificaciones realizadas en la aceptación no afecten materialmente la oferta, ésta se considerará válida a menos que exista oposición por parte del oferente.

2. Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.

24. La segunda sentencia que traemos a colación para entender la referencia del Consejo de Estado colombiano a instrumentos de la contratación internacional como la CISG y los Principios UNIDROIT, es la decisión del 2 de mayo de 2016 de este Alto Tribunal.⁶⁵ En dicho fallo, se decide un recurso de anulación en contra de un laudo arbitral que resolvía las controversias entre la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., disputas que se habían generado con ocasión de un contrato de gestión que habían suscrito las partes. Más allá del debate jurídico que se dio en el caso en concreto, el Consejo de Estado mencionó algunos aspectos del Derecho de los contratos, en particular se refirió a la potestad de una parte de terminar unilateralmente una relación contractual de conformidad con una cláusula en el contrato que lo permita, para lo cual sostuvo que:

La facultad contractual de terminación unilateral de un contrato es una estipulación reconocida y con eficacia en materia de derecho, por lo que su procedencia no sólo resulta posible en asuntos de contratación administrativa o el ejercicio de facultades excepcionales por parte de una autoridad, sino que en cualquier negocio jurídico podrá preverse esta facultad. En efecto, la autonomía privada de la voluntad

có que éste comprendía simplemente una presunción que podía ser debatida con pruebas refutables: Tribunal de Casación, Sala de lo Mercantil, Francia, 27 de mayo de 2014, case number: Recurso de casación núm. 12-27188. Disponible en: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_1502_270514.html?lng=es. Igualmente, sobre el carácter ilustrativo y no exclusivo de la lista que trae el párrafo 3 del artículo 19, véase a: E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". *op. cit.*; F. ENDERLEIN, D. MAS-KOW, "International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>; Oberster Gerichtshof, Alemania, 20 de marzo de 1997, case number: 2 Ob 58/97m. Disponible en: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_189_leg-1078.html?lng=es. Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China, República Popular China, 15 de septiembre de 2005, case number: CISG/2002/02. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/020610c1.html>.

⁶¹ I. SCHWENZER, F. MOHS, "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", *op. cit.*

⁶² Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos, sin que por ello se concluya que existe un acto abusivo por alguna de ellas o que se esté desconociendo el equilibrio connatural de las partes, siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones.⁶⁶

25. En ese orden de ideas, el Consejo de Estado se remitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ya que a partir de esta lograba afirmar que la potestad contractual de terminación unilateral de un contrato no es una cuestión extraña, por lo menos, en el Derecho privado nacional.⁶⁷ No obstante, este Alto Tribunal también se refirió a los artículos 26 y 81 de la Convención de Viena⁶⁸ y al artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT,⁶⁹ esto con el ánimo de manifestar que la facultad contractual de terminación unilateral también es una cuestión que “se encuentra reconocida en instrumentos modernos” de la contratación internacional.⁷⁰ Al respecto, puede decirse que la afirmación hecha por el Consejo de Estado fue inadecuada, ya que el Alto Tribunal buscaba sustentar el hecho de que las cláusulas de terminación unilateral del contrato también son una cuestión reconocida en instrumentos de la contratación internacional; empero, terminó refiriéndose a las reglas de la terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento esencial que disponen la CISG y los Principios UNIDROIT.⁷¹

26. Lo anterior es un asunto de relevancia para entender cómo comprende el Consejo de Estado dichos instrumentos de la contratación internacional, pues no es lo mismo decir que los textos de ese moderno derecho de los contratos permiten pactar cláusulas de terminación unilateral del contrato a decir que, a la luz de estos, se puede terminar unilateralmente una relación contractual en caso de incumplimiento de una de las partes. En uno y otro caso nos referimos a instituciones ciertamente diferentes y reguladas en instrumentos distintos, ya que, por ejemplo, si hablamos de cláusulas de terminación unilateral del contrato podremos referirnos al artículo III-1:109 del DCFR,⁷² el cual dispone que: “los derechos, obligaciones o relaciones contractuales pueden modificarse o extinguirse mediante notificación por cualquiera de las partes si así se estipula en los términos que lo regulan”;⁷³ por el contrario, si se trata

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no desconocida por esta Corporación, ha admitido expresamente esta facultad, al indicar: La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (*accidentalia negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito [...] pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio”: Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

⁶⁸ Art. 26, CISG 1980. Art. 81, CISG 1980.

⁶⁹ Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010.

⁷⁰ Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

⁷¹ De hecho, Jorge Oviedo Albán (hablando de la viabilidad de las cláusulas de terminación unilateral del contrato en Colombia, sin tener en consideración la terminación unilateral en caso de incumplimiento) critica la referencia que tuvo el Consejo de Estado respecto a los artículos que analizamos: “Hay que anotar que en este fallo hay una alusión que no resulta muy precisa a las reglas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. La mencionada decisión en sus consideraciones incluye las razones por las cuales considera viable pactar una cláusula de terminación unilateral en el contrato, para lo cual se apoya en doctrina y con referencia a la sentencia de 30 de agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia ya citada, y entre ellas menciona la facultad reconocida tanto en la Convención (artículo 26) como en los Principios de Unidroit (artículo 7.3.1). Estas disposiciones —como bien lo recuerda también el fallo citado del Consejo de Estado— aluden a la facultad unilateral de ponerle fin al contrato por una de las partes en caso de incumplimiento de la otra. Como se ha venido indicando, y también a ello es a lo que se refiere el fallo en cita, la cláusula de terminación unilateral del contrato objeto de comentarios en este artículo, no prevé tal posibilidad ante el incumplimiento del contrato”: J. OVIEDO ALBÁN, “La cláusula de terminación unilateral del contrato”, *Vniversitas*, 138, 2019. Disponible en: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20\(2019-I\)/82559799007/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20(2019-I)/82559799007/).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Vale anotar que ni en la CISG ni en los Principios UNIDROIT existe una figura idéntica a la del artículo III-1:109 del DCFR; sin embargo, en los Principios UNIDROIT se puede encontrar una disposición de terminación unilateral del contrato para los casos de contratos a término indefinido, siendo esta una regla distinta a la de terminación unilateral del contrato por causa de incumplimiento que se regula en el artículo 7.3.1. Esta disposición es la del artículo 5.1.8, la cual reza que “Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación [...]”: Art. 5.1.8, Principios UNIDROIT 2010.

del derecho a terminar unilateralmente un contrato en caso de incumplimiento, podremos remitirnos al citado artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT al que en efecto se refirió el Consejo de Estado en el caso en concreto.

27. Ahora, el hecho de que estas sean instituciones diferentes también implica que las mismas tengan requisitos distintos para que operen en un caso concreto. Para explicar nuestro punto, basta estudiar los artículos que referenció el Consejo de Estado y así encontrar algunos elementos adicionales que traen la CISG y los Principios UNIDROIT en el evento de terminar unilateralmente un contrato en caso de incumplimiento, ello en contraste con la facultad de hacerlo a través de una cláusula de terminación unilateral del contrato como las que prevé el artículo III-1:109 del DCFR. Por ejemplo, el artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT determina el derecho a resolver un contrato de manera unilateral en los siguientes términos:

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.⁷⁴

28. Como se puede apreciar, la regulación del artículo en mención no solo implica el derecho a resolver un contrato, sino –y fundamentalmente– el derecho a hacerlo a la luz de un incumplimiento esencial, el cual se determina a partir de una serie de elementos que se mencionan en el numeral 2 del Art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT.⁷⁵ Igual deducción podrá aplicarse al campo de la CISG, pues si bien el artículo 26 (citado por el Consejo de Estado) únicamente preceptúa que: “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”,⁷⁶ deberá entenderse que dicha resolución opera en contexto con otros artículos de la Convención de Viena como lo son los artículos 25, 49 y 64.⁷⁷

⁷⁴ Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010.

⁷⁵ R. KOCH, “Fundamental breach: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG”, en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp 124-133, p. 128; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2005, pp. 103-151, p. 124.

⁷⁶ Art. 26, CISG 1980.

⁷⁷ I. DE LA MAZA GAZMURI, Á. VIDAL OLIVARES, *La modernización del Derecho de Contratos*, Bogotá, Editorial Ibañez, 2019, p. 259 y 271. En realidad, el artículo 26 representa una formalidad o notificación en el ejercicio del derecho de resolución, mas no propiamente el derecho de hacerlo en virtud de la Convención de Viena, pues eso es una cuestión que dependerá de si se satisface o no el estándar de incumplimiento esencial del artículo 25 (“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”), y de si la parte que busca ejercer la resolución del contrato lo hará de conformidad con los artículos 49 o 64 (lo que depende de si es la parte compradora o vendedora). En este sentido, los artículos 25, 49 y 64 fungen como requisitos previos para declarar la resolución del contrato y el artículo 26 como la notificación del mismo: M. DIMSEY, “International Sales Law Commercial Law, Chapter 28: Consequences of Avoidance under the CISG”, en S. M. KRÖLL, L.A. MISTELIS, et al. (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 525 – 550, p. 526 y ss. Para una explicación más a fondo sobre la interrelación entre los artículos 25, 26, 49 y 64 véase a: J. YOVEL, “Buyer’s right to avoid the contract: Comparison between Provisions of the CISG (Article 49) and the counterpart provisions of the PECL (Articles 9:301, 9:303, and 8:106)” en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 397-410; J. YOVEL, “Seller’s right to

29. Por consiguiente, resulta notorio que no se puede equiparar la noción de cláusula de terminación unilateral del contrato a la noción de terminación unilateral en caso de incumplimiento, pues en el último evento se estará sometido al criterio de incumplimiento esencial como requisito clave para que exista el derecho a resolver el contrato de forma unilateral (por lo menos en el contexto de la CISG y los Principios UNIDROIT).⁷⁸ De manera distinta, cuando se termina unilateralmente el contrato por virtud de una cláusula dentro del mismo que así lo permita, habrá que seguir otra suerte de requisitos como lo son el aviso previo, la ejecución de la cláusula de buena fe y la necesidad de prolongar la relación contractual por el tiempo necesario para que la otra parte tome las medidas necesarias.⁷⁹

30. Por otra parte, también puede indicarse que una y otra institución jurídica refieren a escenarios totalmente diferentes, pues en el caso de las cláusulas de terminación unilateral del contrato deberá atenderse al principio de la autonomía privada de las contratantes.⁸⁰ A partir de este principio, una parte en virtud del contrato puede dar por terminado el vínculo contractual de manera libre y sin necesidad de alegar justa causa, pero con la obligación de dar un preaviso.⁸¹ En contraste, la terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento refiere a la conservación del convenio contractual y a su terminación únicamente en supuestos excepcionales, tal y como lo es precisamente el incumplimiento esencial,⁸² por ejemplo, en el caso del artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT, la doctrina manifiesta que el mismo debe entenderse en correlación al denominado enfoque *favor contractus* (o a favor del contrato),⁸³ por el cual se busca preservar la existencia del contrato incluso a pesar del incumplimiento de alguna de las partes.⁸⁴

31. A partir de este enfoque a favor del contrato que tienen los Principios UNIDROIT (también presente en la CISG),⁸⁵ el derecho de resolución debe verse como un último recurso,⁸⁶ de allí que no cualquier incumplimiento sea suficiente para invocar la resolución del contrato, sino únicamente aquel que sea de naturaleza esencial. Al respecto, Michael Joachim Bonell afirma que:

avoid the contract in international transactions: Comparative analysis of the respective provisions in the CISG and the PECL” en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 440 – 456.

⁷⁸ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*, Roma, UNIDROIT, 2010, p. 268. M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 526.

⁷⁹ R. MOLINA MORALES, “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, *Revista de Derecho Privado*, 10, enero-junio, 2006, pp. 125-158, p. 128. K. MARRUGO SALDARRIAGA, *op. cit.*, p. 364. J. OVIEDO ALBÁN, “La cláusula de terminación unilateral del contrato”, *op. cit.*

⁸⁰ K. MARRUGO SALDARRIAGA, *op. cit.*, p. 364.

⁸¹ R. MOLINA MORALES, *op. cit.*, p. 128.

⁸² Sobre esta idea pero en la perspectiva de la CISG, Mariel Dimsey afirma que: “De la lectura de los artículos 49, 64 y 25 de la CISG se desprende claramente que la resolución del contrato se entiende como un recurso de última instancia. Una parte no puede simple e inmediatamente resolver el contrato por un incumplimiento menor de la otra parte de las obligaciones de cumplimiento acordadas en el contrato. La CISG impone a las partes una elevada carga, y si esta carga no se cumple, no se puede declarar la resolución del contrato. Los estrictos requisitos de resolución de la Convención se explican mejor haciendo referencia al contexto en la que se redactó. Dado que la CISG estaba destinada a ser utilizada como norma de elección por las partes en los contratos de compraventa internacionales, es evidente que las operaciones con una dinámica internacional de este tipo no deben ser fácilmente resueltas. De conformidad con el ámbito de aplicación de la CISG, no es sorprendente que una de sus piedras angulares sea que los contratos se mantengan y que la resolución sea un remedio *ultima ratio*”: Traducción libre. M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 529.

⁸³ E. BRÖDERMANN, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2018, p. 218. En sentido semejante: K. PETER BERGER, “The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international contract practice: the UNIDROIT Model Clauses”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 519–541, p. 530.

⁸⁴ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, Transnational Publishers, 2005, p. 124; P. LERNER, “The Principles of International Commercial Contracts as model law: an Israeli perspective”, *Uniform Law Review*, 24 (1), 2019, pp. 121–148, p. 144.

⁸⁵ M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 529; L. G. CASTELLANI, “Ensuring Harmonisation of Contract Law at Regional and Global Level: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Role of UNCITRAL”, *Uniform Law Review*, 13 (1-2), 2008, pp. 115–126, p. 120.

⁸⁶ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *op. cit.*, p. 124. P. LERNER, *op. cit.*

Existen otras disposiciones que tienen por objeto preservar la existencia del contrato a pesar del incumplimiento de una de las partes. El primer ejemplo es el Art. 7.3.1 (“Derecho a rescindir el contrato”). Al establecer que una parte sólo puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de una obligación de la otra parte equivalga a un incumplimiento esencial (párrafo 1), este artículo deja claro que, como en la mayoría de los sistemas jurídicos, también en virtud de los Principios de UNIDROIT poner fin al contrato debe considerarse un último recurso, justificado sólo si el incumplimiento de una de las partes es lo suficientemente grave como para menoscabar las expectativas legítimas.⁸⁷

32. De tal manera, cuando el Consejo de Estado afirma que: “la autonomía privada de la voluntad permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos [...] siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones” y, a reglón seguido, cita las reglas de terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT,⁸⁸ no solo confunde las nociones de cláusula de terminación unilateral del contrato y terminación unilateral del contrato en casos de incumplimiento, sino que también termina desconociendo las estrictas condiciones en las que se puede dar esta última institución jurídica. Como bien se ha identificado, en uno y otro caso existen diferencias notables en cuanto a los requisitos que operan en caso de terminar unilateralmente el contrato por virtud de una cláusula que lo permita o en razón de un incumplimiento (que además deberá ser esencial); igualmente, ambas instituciones jurídicas refieren a principios que no necesariamente convergen entre sí, pues en el primer caso será la voluntad de las partes el fundamento de la terminación y en el segundo será únicamente el incumplimiento esencial lo que permita la terminación unilateral.

IV. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

1. Sentencia C-1008 de 2010

33. En el presente caso la Alta Corporación colombiana realizaba un análisis de constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil Colombiano.⁸⁹ En este contexto señaló que: “la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación” y, posteriormente, trajo a colación el artículo 74 de la CISG señalando que en él se adopta el criterio de la previsibilidad del daño como medida para establecer la magnitud de la indemnización.⁹⁰ En particular, la Corte Constitucional dijo de la disposición internacional que:

De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la cele-

⁸⁷ Ibidem, p. 124; K. PETER BERGER, “The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international contract practice: the UNIDROIT Model Clauses”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 519–541, 530. Igualmente, pero en el campo de las reglas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de la CISG (y su materialización efectiva en el artículo 26), Christopher M. Jacobs sostiene que este “constituye el recurso más extremo disponible para una parte agraviada en caso de incumplimiento del contrato. En consecuencia, la capacidad de rescindir un contrato está sujeta a varios requisitos en virtud del Convenio. Uno de esos requisitos exige que la declaración de resolución se realice mediante notificación a la parte incumplidora”: Traducción libre. CHRISTOPHER M. JACOBS, “Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability”. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jacobs.html>

⁸⁸ Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

⁸⁹ “Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”: Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

bración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica.⁹¹

34. Inicialmente, el artículo 74 de la CISG reza que:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.⁹²

35. Se ha fijado por la doctrina que el artículo 74 establece la fórmula general para el cálculo de los daños producto de un incumplimiento de cualquiera de las partes – vendedor o comprador – de las obligaciones establecidas en la Convención;⁹³ dicho derecho a reclamar tiene su fuente en los artículos 45 párrafo 1 literal b) y en el literal b) párrafo 1 del artículo 61.⁹⁴ En palabras de Victor Knapp: “el artículo 74, como disposición introductoria a la fracción IV, establece la regla básica para el cálculo de daños [...] Al mismo tiempo, establece implícitamente las condiciones en las que la parte infractora es responsable de los daños y la forma de indemnización de la pérdida sufrida por la parte perjudicada”.⁹⁵ Además, la doctrina también indica que el artículo 74 establece que la pérdida del acreedor con ocasión del incumplimiento del contrato del deudor debe ser cubierta en su totalidad y en forma monetaria por la parte infractora.⁹⁶

36. Es de resaltar que dentro de la Opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG se resaltó que el artículo 74 refleja el principio del resarcimiento integral y se agregó que: “el objetivo del Artículo 74 es poner a la parte perjudicada en la misma posición económica que ésta tendría si el incumplimiento no hubiera ocurrido y el contrato hubiese sido cumplido fielmente”.⁹⁷ Ello requiere que el acreedor se coloque en la posición que habría ostentado si se hubiera realizado el contrato, para lo cual, el artículo reconoce como daños indemnizables el valor de la pérdida sufrida, es decir, el daño emergente y el lucro cesante.⁹⁸ Además, autores como Christoph Brunner, Nils Schmidt-Ahrendts y Mark Czarnecki, estiman que el daño resarcido deberá ser el efectivamente sufrido:

[...] el Acreedor sólo puede ser compensado por la pérdida realmente ocurrida [...] En principio, esto debe calcularse concretamente (mediante la presentación, la justificación y posiblemente la prueba

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

⁹² Art. 74 CISG 1980.

⁹³ C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, “Article 74 [General Rule for Measuring Damages]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 510 – 535, p. 511. En el mismo sentido: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Michael Bridge resalta la importancia de la inclusión de una regla general para el cálculo de daños, en tanto que, si dentro de la Convención no se hubiera previsto una disposición de este talante, existiría la dificultad de divergencia de tasaciones en los diferentes Estados: M. BRIDGE, “The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 623 – 642, p. 630.

⁹⁴ Así lo señala V. KNAPP, “Article 74”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html>. De la misma manera lo reitera: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

⁹⁵ Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

⁹⁶ C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 511.

⁹⁷ CONSEJO ASESOR SOBRE LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (“CISG-AC”), Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG. Relator: Profesor John Y. Gotanda, Universidad de Villanova Escuela de Derecho, Villanova, Pensylvania, EE. UU.⁹⁷

⁹⁸ C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 512 – 514. Al mismo tiempo en: SECRETARIAT COMMENTARY, “Guide to CISG article 74”. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html> se menciona que “La filosofía básica de la acción de indemnización de daños y perjuicios es situar al pate perjudicada en la misma posición económica en la que se encontraría si se hubiera cumplido el contrato”: Traducción libre.

de los hechos necesarios) [...] Una pérdida futura (principalmente en forma de una pérdida de beneficios esperada no necesita ser demostrada con certeza de cien por cien, pero al menos con un grado razonable de certeza.⁹⁹

37. De manera específica, la primera parte del artículo 74 estipula la indemnización de todas las pérdidas¹⁰⁰ – incluido el lucro cesante – sufridas por el agraviado y, en la oración subsiguiente, se refiere a la limitación de la compensación a lo que la parte que incumple haya previsto o debió haber previsto al momento de la celebración del contrato.¹⁰¹ En relación al primer apartado, existen tres condiciones para el nacimiento de la reparación: el incumplimiento del contrato por parte del vendedor o comprador, la pérdida sufrida por la otra parte y la causalidad entre ambas.¹⁰² En lo concerniente al incumplimiento del contrato, Pilar Perales Viscasillas expresa que: “se trata de una regla que establece una responsabilidad objetiva y no subjetiva, por lo que no se basa en la culpa o en la negligencia de la parte incumplidora como base para solicitar la indemnización”.¹⁰³ A diferencia de los sistemas jurídicos que requieren la existencia de la culpa o de negligencia,¹⁰⁴ el artículo 74 únicamente exige el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en la Convención o en el contrato.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

38. Ahora, la segunda parte del artículo 74 indica que el reconocimiento de los daños está sujeto a la prueba de la previsibilidad.¹⁰⁷ Esta consiste en que la responsabilidad del deudor se limita a las pér-

⁹⁹ C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 513 – 514.

¹⁰⁰ Ingeborg Schwenzer indica que “El artículo 74 contiene dos nociones esenciales: el principio de compensación total (*principe de la réparation intégrale*) y el de limitación de la responsabilidad por la regla de previsibilidad”: Traducción libre. I. SCHWENZER, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010, p. 1000. Igualmente se hace mención del principio de reparación integral en el caso Oberster Gerichtshof [Supreme Court], Austria, 9 de marzo de 2000, case number: 6 Ob 311/99z. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/000309a3.html>.

¹⁰¹ CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2016, p. 381.

¹⁰² V. KNAPP, *op. cit.* En el mismo sentido se han pronunciado C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 510 – 535, pp. 512 - 516.

¹⁰³ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* De la misma manera se ha establecido por algunos tribunales que el derecho a exigir daños y perjuicios es independiente de la parte que haya incumplido: Appellate Court München, Alemania, 8 de febrero de 1995, case number: 7 U 1720/94. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>; Oberlandesgericht Linz, Austria, 8 de febrero de 2012, case number: 1 R 206/11m. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/120208a3.html>. Así mismo lo resaltan autores como V. KNAPP, *op. cit.*; C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 510 – 535, p. 512.

¹⁰⁴ La CISG no distingue de los daños causados por falta grave, negligencia o culpa, ya que a diferencia de ordenamientos como el francés que en su Código Civil (Art. 1150) estipula que quien incumple bajo dichos presupuestos deberá abarcar categorías de daños no previsibles, en la Convención no existe figura similar: P. GÉLINAS, “Chapter 1. General Characteristics of Recoverable Damages in International Arbitration”, en Y. DERAÏNS & R. KREINDLER (eds), *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, International Chamber of Commerce, 2006, pp. 11 – 36, p. 16.

¹⁰⁵ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* Autores como Pilar Perales Viscasillas expresan que será aplicable la regla a cualquier situación de incumplimiento, siendo estas la falta de conformidad, falta o retraso en la entrega, impago en precio y falta de recepción: P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* Por su parte, Ingeborg Schwenzer señala que: “El mero incumplimiento de una obligación contractual es suficiente para generar responsabilidad. Es suficiente que, al vencimiento, una obligación no se ha cumplido en absoluto o se ha cumplido o formado inadecuadamente; el promitente no necesita tener la culpa o ser puesto en incumplimiento, por ejemplo mediante una advertencia o fijando un período de tiempo adicional (Nachfrist)”: Traducción libre. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1003.

¹⁰⁶ Es importante resaltar que dicha pérdida solo podrá ser reclamada por quienes fueron partes en el contrato, impidiendo que terceros afectados reclamen de acuerdo a la disposición: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Así también lo señala Ingeborg Schwenzer: I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1004.

¹⁰⁷ Dicha regla encuentra su antecedente dentro del derecho romano y más tarde dentro del Código Napoleónico. Por otro lado, también se identifica dentro del *common law* por primera vez en el caso *Hadley c. Baxendale* y se volvió a mencionar en *Victoria Laundry c. Newman Industries*: D. SAIDOV, “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>. Así igualmente lo reitera E. ALLAN FARNSWORTH, “Damages and Specific Relief”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns.html>; R. BEHESHTI, “The absence of choice of law in commercial contracts: problems and solutions”, *Uniform Law Review*, 24 (3), 2019, pp. 497–519, pp. 509 y ss.

didadas que él, como parte incumplidora, había o debía haber previsto como consecuencia de un posible incumplimiento del contrato en el momento de la formación del mismo.¹⁰⁸ La regla de la previsibilidad se constituye como un estímulo para calcular correctamente el riesgo vinculado a la contratación,¹⁰⁹ ya que esta impide que se recuperen daños que no hubiesen podido preverse.¹¹⁰ En este sentido, Ingeborg Schwenzer menciona que: “la previsibilidad es la regla que limita la responsabilidad del promitente y el alcance de los daños a los riesgos que pudo prever en el momento de la celebración del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias y el propósito del contrato”.¹¹¹

39. Así mismo, la previsibilidad se divide en un criterio subjetivo de conocimiento (“hubiera previsto”) y en uno objetivo (“debiera haber previsto”).¹¹² En cuanto al criterio subjetivo, Victor Knapp sostiene que: “se considerará que la parte incumplidora conoce los hechos y materias que permiten prever las consecuencias del incumplimiento del contrato si dicho conocimiento proviene generalmente de la experiencia de un comerciante, o, en otras palabras, si dicho conocimiento puede ser en dado caso, el que se esperaba de él teniendo en cuenta su experiencia”;¹¹³ igualmente, también se considerará que la parte incumplidora conoció cuando la otra parte le haya llamado la atención sobre tales consecuencias a tiempo.¹¹⁴ Por otro lado, el aspecto objetivo se trata de un conocimiento presunto, en tanto que siempre que el daño sea una consecuencia normal del incumplimiento del contrato, debería haberse previsto.¹¹⁵ De tal manera, el requisito de previsibilidad en su faceta objetiva se cumple si “en todas las circunstancias del caso considerado, una persona razonable podría haber previsto las consecuencias del incumplimiento del contrato, aunque no en todos los detalles y en su cuantía definitiva”.¹¹⁶ En consecuencia, la prueba del estándar objetivo será suficiente para que la parte que incumplió deba hacerse cargo de la pérdida;¹¹⁷ en cambio, si se requiere que la indemnización abarque daños por encima de lo que cualquier persona razonable habría considerado normal, solo se responderá si el riesgo en particular fue mencionado en el momento de la celebración del contrato o si era asumible de alguna otra manera.¹¹⁸

¹⁰⁸ C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 514 – 516; J. A. ESTRELLA FARIA, “Another BRIC in the wall: Brazil joins the CIGS”, *Uniform Law Review*, 20 (2-3), 2015, pp. 211–242, p. 238; P. VARUL, “CISG : a Source of Inspiration for the Estonian Law of Obligations”, *Uniform Law Review*, 8 (1-2), 2003, pp. 209–210. Además del límite de la previsibilidad, autores como Knapp señalan que “Esta responsabilidad está considerablemente limitada por las condiciones de previsibilidad de la pérdida [...] y por las exenciones previstas en los artículos 79 y 80”: Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

¹⁰⁹ I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1001.

¹¹⁰ M. KOCHANOWSKI, “Chapter III: The Award and the Courts, Foreseeability of Damage under CISG Applied in International Arbitration – New Solutions to Old Problems?”, en C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, et al. (ed.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 233-263, pp. 235 – 237.

¹¹¹ Traducción libre. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1018.

¹¹² Art. 74, CISG 1980. D. SAIDOV, *op. cit.* Dicha división también es reconocida en tribunales como Multi-Member Court of First Instance of Athens, Grecia, 2009, case number: 4505/2009. Disponible en <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>. De la misma manera Ingeborg Schwenzer, menciona la existencia de un estándar objetivo, el cual es mayormente utilizado en la reclamación de daños y uno subjetivo que funciona como una herramienta para ampliar la previsibilidad a circunstancias que en primera medida eran imprevisibles. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1019 – 1020.

¹¹³ V. KNAPP, *op. cit.*

¹¹⁴ V. KNAPP, *op. cit.* Igualmente Djakhongir Saidov agrega que: “Las prácticas comerciales, los métodos de contabilidad y la amplia comunicación de información ponen más conocimientos a disposición de ambas partes”: Traducción libre. D. SAIDOV, *op. cit.* Ejemplo de la aplicación del enfoque subjetivo de la norma es el caso *Rabbit Skin Case*; en el mismo, el Tribunal de Arbitraje consideró que el vendedor que incumplió, conocía el contrato de reventa por parte del comprador, ya que así se lo había informado anteriormente y a partir de ello podía prever de acuerdo a los hechos el margen de ganancia del mismo: CIETAC diciembre 2006. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/061200c2.html>.

¹¹⁵ F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

¹¹⁶ Traducción libre. Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002, case number: No 7 Ob 301/01t. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

¹¹⁷ D. SAIDOV, *op. cit.* Autores como Knapp, consideran que “La redacción previó o debería haber previsto deja claro que la parte que reclama los daños no necesita probar que la parte infractora realmente previó la pérdida, bastará con que demuestre que la parte infractora estaba objetivamente en condiciones de preverlo”: Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

¹¹⁸ F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Igualmente, así lo consideran C. BRUNNER; N. SCHMIDT-AHRENDTS; M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 516; J. RAMBERG, “Unification of Sales Law : a Look at the Scandinavian States”, *Uniform Law Review*, 8 (1-2), 2003, pp. 201–208, p. 202–204.

40. Así las cosas, retomando lo dicho en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que se está analizando (en donde se resaltó que la magnitud de la indemnización del perjuicio – en el marco del artículo 74 de la CISG – está atado a la previsibilidad del daño) y en relación con el análisis teórico anteriormente propuesto, podemos identificar que cuando la Alta Corporación colombiana se refiere a que: “la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación” y cita a la Convención de Viena (artículo 74),¹¹⁹ se está refiriendo específicamente al conocimiento cierto (subjetivo) establecido en el apartado de “hubiera previsto”. No obstante, resaltamos que la Corte Constitucional, a pesar de tener un entendimiento correcto del aspecto subjetivo de la previsibilidad del Art. 74, obvió una oportunidad para realizar una explicación del segundo estándar que ahí se encuentra, (el objetivo), lo cual hubiera sido de gran aporte al entendimiento de la CISG por parte de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. Lo anterior hubiese significado una comprensión completa del elemento de la previsibilidad que propone este artículo, ya que – como se señaló párrafos atrás – es la prueba del estándar objetivo de la previsibilidad la que resulta suficiente para que la parte incumplidora sea responsable y, por el contrario, el estándar subjetivo importa solo cuando se pretenden daños que van más allá de lo que cualquier persona razonable habría considerado normal.

41. Por otra parte, el Tribunal Constitucional también sostuvo respecto al artículo 74 de la CISG que:

De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil *contractual* continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit,¹²⁰ acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios.

42. En un análisis de la conclusión a la que arribó la corporación, se puede denotar cierta confusión en si el estándar subjetivo y objetivo del artículo 74 de la CISG está atado a la noción de culpa y si, de alguna manera, el criterio de la previsión y la previsibilidad está relacionado con la misma. Debemos decir que en una opinión mayoritaria de la doctrina,¹²¹ se ha considerado que la responsabilidad albergada en el artículo 74 es de tipo objetiva, al únicamente exigir un incumplimiento de cualquier tipo para configurarse. Por ejemplo, Fritz Enderlein y Dietrich Maskow afirman que: “los daños se pueden reclamar sin importar si el incumplimiento del contrato se ha cometido de forma intencionada o negligente o, de cualquier forma. El mero hecho de un incumplimiento del contrato es suficiente”.¹²² Así, hacemos un llamado de atención al entendimiento más preciso de esta disposición y una comprensión de acuerdo a los estándares expuestos por la doctrina mayoritaria.

43. Finalmente, si bien no fue el enfoque central del argumento de la cita por parte de la Corte Constitucional en cuanto a la previsibilidad de los daños, nos llama fuertemente la atención el entendimiento que tuvo la Corte respecto del artículo 74, cuando sostuvo que la tasación de los perjuicios debía hacerse teniendo en cuenta la previsibilidad del daño y “aplicándose la concurrencia de culpas para tasar

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

¹²⁰ Debemos resaltar que la Corporación citó los principios textualmente y solamente se refirió a los mismos para referir que “contemplan la previsibilidad del daño como medida de lo resarcible”: Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

¹²¹ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*; V. KNAPP, *op. cit.*; C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 512. De la misma manera se ha establecido por Tribunales que el derecho a exigir daños y perjuicios es independiente de la parte que haya incumplido como en: Oberlandesgericht [Appellate Court], Austria, 8 de febrero 2012, case number: 1 R 206/11m. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/120208a3.html>. También en: OLG München [Provincial Appellate Court], Alemania, 5 de marzo de 2008. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/080305g1.html>.

¹²² Traducción libre. F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

la compensación económica”.¹²³ A nuestro entender, resulta poco preciso introducir una referencia a la concurrencia de culpas sin especificar los artículos o la figura dentro de la Convención que lo sustentarían. Además, la doctrina internacional sostiene que: “salvo indirectamente, la CISG no se ocupa de la cuestión de la conducta contributiva de la parte inocente que se suma a la pérdida o daño sufrido”.¹²⁴

2. Sentencia C-207 de 2019

44. La segunda sentencia que traemos a colación para valorar cómo entiende la Corte Constitucional de Colombia los instrumentos de la contratación internacional que estudiamos es la decisión C-207 del 15 de mayo de 2019.¹²⁵ En este fallo, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de constitucionalidad en contra de la Ley 1882 de 2018 (por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones).¹²⁶ En particular, el accionante –quien además era el Contralor General de la República – consideraba que algunas disposiciones de dicha Ley violaban la Constitución Política de Colombia, ello porque reconocían derechos patrimoniales al contratista que hubiese ejecutado parcialmente un contrato revestido de objeto o causa ilícita. Desde la posición del demandante en la acción de constitucionalidad, esos contratos vulneraban desde su creación el ordenamiento jurídico colombiano y, por lo tanto, al contratista no se le debería restitución o reconocimiento de derecho patrimonial alguno por la ejecución de un contrato que estuviese viciado por objeto o causa ilícita.¹²⁷

45. Para analizar el cargo de violación a la Constitución, el Tribunal Constitucional colombiano se remitió a una gama muy amplia y variada de argumentos jurídicos dentro del derecho nacional; sin embargo y para los efectos de nuestro análisis, resulta interesante la manera en cómo la Corte se refirió a los efectos que tiene la nulidad del contrato en materia de restituciones, ya que, aunque haya analizado los mismos de cara al campo de la contratación administrativa en Colombia, terminó refiriéndose a los Principios UNIDROIT. Específicamente, el Tribunal aludió que:

[...] la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad. Esta postura analítica del caso a caso, resulta incluso concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual respecto del conocimiento que las partes tuvieron sobre la licitud de los actos a la hora de celebrar un contrato, que ha sido expresamente considerada como un criterio relevante a la hora de determinar

¹²³ El párrafo completo se expone así: “De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la celebración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica”: Subrayado fuera del texto. Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

¹²⁴ S. EISELEN, “Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html#33>. Así mismo, en una visión más moderada, Christoph Brunner y Friederike Schäfer sostienen que: “La situación en que cada una de las partes contribuye independientemente a la pérdida sufrida por sus respectivos incumplimientos de obligaciones debe diferenciarse en el caso en el que el acreedor causa el incumplimiento de la obligación del deudor que da lugar a la pérdida [...] Si ambas partes contribuyen a la pérdida, un principio general en el sentido del Art. 7(2) puede derivarse del Art. 77 y del art. 80, según el cual las respectivas contribuciones deben ser tenidas en cuenta para la distribución de la pérdida”: Traducción libre. C. BRUNNER, F. SCHÄFER, “Article 77 [Mitigation of Damages]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 545-550, p. 546.

¹²⁵ Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

¹²⁶ Ley 1882 de 2018, Diario Oficial No. 50.477 de 15 de enero de 2018.

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

la razonabilidad de las restituciones frente a un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita. Así lo reflejan los principios de Unidroit, que en su versión 2016 y luego de un exhaustivo y riguroso examen del derecho comparado en la materia, decidió adentrarse a codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito. Al respecto, se consideró que las restituciones proceden cuando resultan razonables, y que dicha razonabilidad debe ser calificada entre otras, por el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa.¹²⁸

46. A renglón seguido, la Corte Constitucional citó como fundamento de su argumentación los artículos 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios UNIDROIT, los cuales conforman la sección tres (denominada ilicitud) del capítulo tres sobre la validez de los contratos en el marco de este instrumento de contratación.¹²⁹ En particular, el artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT sostiene que:

(Contratos que violan normas de carácter imperativo): (1) La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establezca expresamente. (2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias. (3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes.¹³⁰

47. Al respecto, la doctrina entiende al artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT como una importante limitación al principio de libertad contractual,¹³¹ pues tal y como lo reconocen los comentarios oficiales a los Principios cuando hablan de este artículo: “la libertad de contratación en los Principios no es ilimitada. Las partes no solamente deben celebrar el contrato sin que medie error ni intimidación, sino que además el contrato no debe contrariar las normas imperativas que fueren aplicables”.¹³² Ahora, dichas normas imperativas serán las aplicables de conformidad con el artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT, el cual dispone que: “estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.¹³³ Bien denota Eckart Brödermann que el artículo 3.3.1 (y su consiguiente 3.3.2) son “la segunda parte del artículo 1.4”, pues resultan una consecuencia directa de la vigencia que tienen esas normas imperativas y el artículo 1.4 en los mencionados Principios.¹³⁴

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Es importante destacar que la sección tres denominada ilicitud recién fue introducida para la edición 2010 de los Principios UNIDROIT: R. MOMBORG URIBE, A. PINO EMHART, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁰ Art. 3.3.1, Principios UNIDROIT 2016.

¹³¹ O. REMIEN, “Public law and public policy in international commercial contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010: a brief outline”, *Uniform Law Review*, 18(2), 2013, pp. 262–280, p. 269.

¹³² Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, UNIDROIT, 2016, p. 125.

¹³³ Art. 1.4, Principios UNIDROIT 2016.

¹³⁴ Traducción libre. E. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 105. En un sentido semejante, Stefan Vogenauer explica el concepto de “normas imperativas” del artículo 1.4 y su manifestación en el artículo 3.3.1 de la siguiente manera: “La regla básica sobre las violaciones de “normas obligatorias” se encuentra en el nuevo artículo 3.3.1(1) de los UPICC. Esta noción se desarrolla mediante una referencia cruzada al Artículo 1.4, disposición que se refiere a “las normas imperativas, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional privado”. Las normas nacionales obligatorias en sentido estricto derivan de las leyes nacionales o, en los sistemas jurídicos basados en el *stare decisis*, del derecho hecho por los jueces. Las normas internacionales y supranacionales obligatorias en sentido estricto derivan de tratados de derecho internacional público que han sido incorporados al derecho nacional por los Estados contratantes o son (como en los sistemas jurídicos monistas) directamente aplicables en esos Estados. Sin embargo, el grupo de trabajo previó un significado más amplio de la noción de normas imperativas, como se desprende de la revisión que hizo en el comentario oficial del artículo 1.4 de los UPICC: esas normas tienen por objeto incluir no sólo las disposiciones imperativas de las leyes y convenciones, sino también los ‘principios generales de orden público’ no escritos (*principes généraux d’ordre public*), ya sean de origen nacional, internacional o supranacional”: Traducción libre. S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 495.

48. En tal sentido, la importancia del artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT es indudable, ya que determina los efectos en concreto que implicará la violación de una norma de carácter imperativo de conformidad con el artículo 1.4 de estos Principios.¹³⁵ Respecto a los efectos en concreto que generará en el contrato la aplicación práctica del artículo 3.3.1, Miguel Unceta Laborda explica que se debe “distinguir entre dos supuestos. Por un lado, cuando la propia norma imperativa prevé de manera expresa los efectos que su vulneración produce en el contrato y, por otro, cuando la norma imperativa no prevé estos efectos”.¹³⁶ Lo anterior se asimila a los comentarios oficiales del artículo 3.3.1, los cuales distinguen entre sí: I) la norma imperativa determina los efectos de su vulneración, para lo cual sostienen que:

Algunas veces la norma imperativa misma determina expresamente los remedios de naturaleza contractual o el derecho de restitución que las partes pueden hacer valer en caso de su violación. Así, por ejemplo, el artículo 101 (2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 85 (2) del Tratado de Roma) establece expresamente que los acuerdos entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, prohibidos por el artículo 101 (1), “serán nulos de pleno derecho”.¹³⁷

O II) si la norma imperativa nada dice sobre los efectos de su vulneración, en cuyo caso se manifiestan así:

Si la norma imperativa no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, el párrafo (2) prevé que las partes puedan ejercitar “aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias”. Esta fórmula es lo suficientemente amplia para permitir la mayor flexibilidad posible. Así, a pesar de la violación de una norma imperativa, una o ambas partes podrán ejercitar los remedios ordinarios disponibles en el caso de un contrato válido (incluido el derecho al cumplimiento), o de otros remedios tales como el derecho a tratar el contrato como carente de todo efecto, su adaptación o resolución en las condiciones que deberán ser determinadas.¹³⁸

49. Con relación al segundo artículo citado por el Tribunal Constitucional colombiano (artículo 3.3.2), este dispone que:

(Restitución): (1) En el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, podrá proceder la restitución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias. (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1 (3), con las adaptaciones necesarias. (3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.¹³⁹

50. Al respecto, dicho artículo debe entenderse como una solución particular dada por los Principios UNIDROIT a las situaciones donde se cumplan contratos que infrinjan normas imperativas de conformidad con el artículo 1.4; solución que implica la restitución de las prestaciones cumplidas en la

¹³⁵ UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., p. 126. Vale destacar que la vulneración a estas normas imperativas se puede dar de diversas formas. Al respecto, Lauro Gama Jr. sostiene que: “Un contrato puede infringir las normas obligatorias de diferentes maneras: por sus propios términos, como la corrupción o los acuerdos de soborno; por su cumplimiento, como la construcción de un edificio que infringe normas ambientales; por la forma en que se forma, como un contrato de venta obtenido por la corrupción; y por su propósito, como la venta de órganos humanos”: Traducción libre. L. GAMA JR., “Contract validity in the PICC (and their potential interplay with the CISG)”, *Uniform Law Review*, 22(1), 2017, pp. 72–97, p. 93. En sentido semejante M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 16(3), 2011, pp. 517–536, p. 525.

¹³⁶ M. UNCETA LABORDA, “Principios de Unidroit e Ilícitud del Contrato Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2), 2013, pp. 620–628, p. 623.

¹³⁷ Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., p. 128.

¹³⁸ Traducción libre. *Ibidem*, p. 129.

¹³⁹ Art. 3.3.2, Principios UNIDROIT 2016.

ejecución de ese tipo de contratos, siempre que estas resulten razonables.¹⁴⁰ En relación a la viabilidad de la restitución, los comentarios oficiales al artículo en mención disponen lo siguiente:

Aun cuando las partes no puedan ejercer los remedios de naturaleza contractual por violar una norma imperativa, cabe preguntarse si las partes pueden exigir al menos la restitución de las prestaciones cumplidas en virtud del contrato. De conformidad con el Artículo 3.3.1 (1), la respuesta dependerá, en primer lugar, de la norma imperativa misma, según ésta trate o no expresamente la cuestión [...] Si la norma imperativa guarda silencio al respecto, este artículo, siguiendo la tendencia moderna, adopta una perspectiva flexible y prevé que cuando un contrato que viole una norma imperativa haya sido cumplido, puede ser reconocida la restitución, siempre que ésta sea razonable atendiendo a las circunstancias [...].¹⁴¹

51. En efecto, la perspectiva o el enfoque que acoge el artículo 3.3.2 es realmente flexible y moderno, ya que conceder la restitución por el cumplimiento de contratos que vulneran normas imperativas difiere “de la mayoría de las leyes nacionales que restringen severamente o incluso prohíben las demandas de restitución en escenarios similares”.¹⁴² De hecho, este enfoque estaría totalmente vedado, por ejemplo, en jurisdicciones afiliadas con el *common law*, pues tal y como sostiene un grupo de análisis entre la IBA y la UNIDROIT sobre la aplicación práctica de los Principios que analizamos, “mientras que el Artículo 3.3.1(2) otorga ‘el derecho a ejercer los recursos previstos en el contrato que en las circunstancias sean razonables’, y el Artículo 3.3.2 permite la restitución después del ‘cumplimiento del contrato’, la ley inglesa considera que un contrato ilegal es nulo y, por lo tanto, incapaz de cumplirse”.¹⁴³

52. No obstante lo anterior, ese criterio moderno del artículo 3.3.2 de los Principios UNIDROIT debe considerarse ajustado para contratos internacionales, ya que como sostiene Eckart Brödermann: “esta flexibilidad se correlaciona mejor con la amplia gama de constelaciones que pueden observarse en el comercio y las inversiones internacionales, las cuales a veces engloban muchas jurisdicciones y actuaciones (relevantes) de terceros de diversa índole, incluidas las posibles infracciones de la ley”.¹⁴⁴ Además, la fórmula de la restitución está atada a un estándar que, aunque flexible, no es absoluto, pues la razonabilidad de las restituciones – de conformidad con el párrafo (2) del artículo analizado – se evaluará a partir de los criterios a los que se refiere el párrafo (3) del artículo 3.3.1, esto es: “a) La finalidad de la norma violada; b) La categoría de personas que la norma busca proteger; c) Cualquier sanción que imponga la norma violada; d) La gravedad de la violación; e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación; g) Las expectativas razonables de las partes”.¹⁴⁵

¹⁴⁰ M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 533. En ese sentido semejante se pronuncia el caso *Voges Metalurgia v. Inversiones Metalmecánicas*: Court of Appeal State of Rio Grande do Sul, Brazil, 30 de marzo de 2017, case number: 4-25.2016.8.21.7004192500. Disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=2042&step=Abstract>

¹⁴¹ Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, *op. cit.*, p. 144. Ibidem. En sentido semejante M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 533; S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 496.

¹⁴² Traducción libre. S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 496. En sentido semejante, M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 531; E. GAILLARD, “2018 LALIVE LECTURE: The Myth of Harmony in International Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 34 (3), 2019, pp. 553 – 568, p. 565. E. GAILLARD, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration”, *Arbitration International*, 35(1), 2019, pp. 1–19, p. 13.

¹⁴³ Traducción libre. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION & UNIDROIT, *Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016 Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016*, International Bar Association, 2019, p. 128.

¹⁴⁴ Traducción libre. E. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 106. Sobre el enfoque flexible de este artículo en el marco de los contratos de inversión véase: M. J. BONELL, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the Unidroit Principles of International Commercial Contracts?”, *Uniform Law Review*, 17(1-2), pp. 141–159, p. 151.

¹⁴⁵ M. UNCETA LABORDA, *op. cit.*, p. 626.

53. A partir de todo lo anterior, debe concluirse que el entendimiento de la Corte Constitucional sobre los artículos de los Principios UNIDROIT que referenció fue adecuado, ya que en efecto: I) los artículos 3.3.1 y 3.3.2 entran a “codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito” en el marco de los Principios,¹⁴⁶ efectos que también incluyen la restitución de conformidad con el artículo 3.3.2; II) las restituciones cuando se han cumplido contratos que violan normas imperativas “proceden cuando resultan razonables”,¹⁴⁷ lo que se evidencia en la redacción literal del artículo 3.3.2; y III) la razonabilidad de una restitución se deriva a partir de una serie de criterios que también se relatan en el artículo 3.3.2, de los cuales resalta (entre otros), “el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa”.¹⁴⁸ Ahora, no solo debe reconocerse que el entendimiento de los Principios en este caso fue adecuado, sino también que la Corte logra acompasar el entendimiento que tiene el sistema jurídico colombiano en materia de restituciones por el cumplimiento de contratos que violan normas imperativas, con un enfoque internacional adoptado por los Principios UNIDROIT; es decir, el enfoque de que las restituciones sobre el cumplimiento de contratos que violen normas imperativas resultan procedentes siempre que estas sean razonables atendiendo a las circunstancias.¹⁴⁹

V. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

1. Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A.

54. La Corte Suprema de Justicia colombiana, tuvo conocimiento de este caso cuyo origen devino por los daños sufridos en una mercancía transportada marítimamente desde Houston (EE.UU.) hasta Cartagena (Colombia). En el análisis que realizó la Corte respecto de la aplicación al caso en concreto del artículo 1644 del Código de Comercio colombiano,¹⁵⁰ se sostuvo que el artículo en mención permite pactar cláusulas limitativas a la responsabilidad contractual. En ese contexto y para argumentar que dichas cláusulas limitativas no son absolutas, el Alto Tribunal citó, entre otros argumentos, al artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, principios que refirió como manifestación de las nuevas tendencias de la *Lex Mercatoria*.¹⁵¹

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ No obstante, vale destacar que para el particular caso de la Ley 1882 de 2018, la Corte ató la restituciones contractuales a una aplicación de la buena fe que entendió de la siguiente manera: “La Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones”: Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

¹⁵⁰ “Indeterminación del valor de las mercancías en la declaración - responsabilidad. Cuando en la declaración inserta en el conocimiento no haya determinado el cargador el valor de las mercaderías pero sí su naturaleza, y el transportador, su agente marítimo o el capitán del buque no hubieren formulado la oportuna reserva sobre dicha declaración, se atenderá el transportador para la indemnización al precio de dichas mercaderías en el puerto de embarque. Pero en este caso podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad. Si la pérdida se debe a dolo o culpa grave del transportador o del capitán, la responsabilidad será por el valor real de la cosa, sin limitación. Además, para los efectos del presente artículo y del anterior, el transportador deberá indemnizar al cargador los demás gastos en que éste haya incurrido por razón del transporte”: Art. 1644. Decreto 410 de 1971, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01. Igualmente, la sentencia del Alto Tribunal advirtió que hay una diferencia normativa entre los actos o negocios de conocimiento de embarque, transporte, compraventa y factura de compraventa. Respecto a la compraventa, la corporación hace una referencia a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, para sostener que en el plano internacional la compraventa mercantil se rige mediante la parte tercera de dicha Convención, pues la misma

55. Al respecto, el artículo 7.1.6 dispone que: “Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”.¹⁵² En este entendido se pueden indicar, al menos, dos cuestiones: I) una cláusula de exoneración será aquella que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o aquella que permita al deudor ejecutar una prestación sustancialmente diversa de la que el acreedor espera y II) las cláusulas de exoneración no podrán ser invocadas siempre.

56. En relación al primer punto, se entenderá como una cláusula de exoneración aquella donde se haya previsto la limitación o exclusión de la responsabilidad de una parte por su incumplimiento.¹⁵³ Dichas cláusulas pueden manifestarse en diferentes formas, por ejemplo, serán manifestaciones de este tipo de cláusulas el establecer un monto fijo que limite el resarcimiento, el consagrar un porcentaje del cumplimiento en cuestión o el imponer la retención de un depósito.¹⁵⁴ Además, autores como Eckart Brödermann, añaden a esta lista las cláusulas penales que tienen el objetivo de limitar la responsabilidad.¹⁵⁵ Por el contrario, no serán cláusulas de exoneración aquellas que simplemente definan el alcance de la obligación.¹⁵⁶

57. Así mismo, también se pregonará como una cláusula de exoneración aquella que permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera.¹⁵⁷ Desde la posición sostenida en los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT se señala el siguiente ejemplo:

Una compañía de turismo ofrece a un precio considerablemente alto una excursión que incluye el alojamiento en hoteles de lujo. Una cláusula del contrato contempla la posibilidad de que la compañía pueda modificar las condiciones de alojamiento en caso de que así lo exijan las circunstancias. Si la compañía aloja a sus clientes en hoteles de segunda clase, habrá de responder por incumplimiento a pesar de la existencia de la cláusula, porque los clientes esperan justamente ser alojados en hoteles de categoría similar a la prometida.¹⁵⁸

fue aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, declarada exequible según sentencia C-529 de 2000 y promulgada por el Decreto 2826 de 2001: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01.

¹⁵² Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010.

¹⁵³ M. FONTAINE, “Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d’UNIDROIT: Observations critiques”, *Uniform Law Review*, 2 (2-3), 1998, pp. 405-408, p. 406. Por su parte, casos como *Eiseres vs Atria Watermanagement B.V.* y el caso *Meritz Fire & Marine Insurance Co Ltd vs Tsakos Industrias Navales S A* pueden ser citados como manifestación de la exclusión de responsabilidad y de la limitación de la responsabilidad, respectivamente. El primero de ellos al haber pactado una cláusula de exoneración que eximía al vendedor de toda responsabilidad por las pérdidas sufridas por el comprador al utilizar la maquinaria suministrada y, el segundo, al haber pactado que la responsabilidad del astillero en caso de pérdidas causadas al buque se limitaba a las pérdidas ocasionadas por la conducta dolosa de su personal técnico. Hoge Raad, Países Bajos, 11 de julio de 2008, case number: C07/012HR. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1547>. Tribunal de Apelaciones 1° Civil, Uruguay, 22 de octubre de 2014, case number: SEF 0003-000176/2014. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1989>.

¹⁵⁴ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁵ E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197. Respecto a la posibilidad de la cláusula penal como manifestación de limitación de la responsabilidad, debe tenerse en cuenta que ésta no podrá ser ejecutada si a la misma le son aplicables las circunstancias del artículo 7.1.6, es decir, si su aplicación resulta manifiestamente injusta (postulado del art. 7.1.6) la misma no podrá ser invocada: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 251.

¹⁵⁶ Para comprender esta afirmación los Comentarios Oficiales de los Principios Unidroit han presentado el siguiente ejemplo “El dueño de un hotel exhibe un cartel en el que se responsabiliza por los automóviles que son depositados en el garaje, pero no por los objetos dejados dentro de ellos. Esta disposición no constituye una cláusula de exoneración para los propósitos de este artículo, porque su finalidad es simplemente la de definir el alcance de la obligación del dueño del hotel”: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 251.

¹⁵⁷ Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010; M. FONTAINE, op. cit., p. 406; UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁸ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250 – 251.

Este ejemplo logra poner de manifiesto que la posibilidad de ejecutar una prestación sustancialmente diversa, debe corresponder con las expectativas razonables del acreedor y que, además, no todas las cláusulas de exoneración serán aplicables.

58. En relación a los supuestos donde no pueden ser invocadas las cláusulas de exoneración, debe destacarse que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, estas son, en principio, válidas.¹⁵⁹ De tal manera, las cláusulas de exoneración de la responsabilidad tienen relación o están fundadas sobre principios como la libertad contractual¹⁶⁰ y la vinculatoriedad del contrato.¹⁶¹ No obstante, existe el escenario en donde debe prevalecer el principio de justicia contractual,¹⁶² es decir, llegado el caso en que la aplicación de la cláusula de exoneración se torne manifiestamente desleal, la misma no podrá ser invocada en virtud del mencionado principio. Así, existe la prohibición de aplicar una cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta¹⁶³ y cuando, aunque en sí misma no sea manifiestamente injusta, no pueda ser invocada.¹⁶⁴

59. Respecto al primer caso, es decir, la prohibición de aplicar una cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta,¹⁶⁵ la misma se materializa cuando la cláusula es intrínsecamente injusta o cuando su aplicación conduce a un desequilibrio manifiesto.¹⁶⁶ De manera particular, el caso *El Paso Energy International Company vs The Argentine Republic*, sostuvo que no se aplicaría la exoneración de responsabilidad por incumplimiento si la parte que la reclama “tiene el control de la situación” o si sería “manifiestamente injusto” permitir dicha exoneración.¹⁶⁷ En relación a la segunda situación (cuando, aunque en sí misma la cláusula no sea manifiestamente injusta, no pueda ser invocada), los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT refieren que: “este sería el caso, por ejemplo, en el cual el incumplimiento sea consecuencia de la culpa grave, o cuando la parte perjudicada no haya podido evitar, mediante la contratación de un seguro, las consecuencias de la limitación o exoneración de responsabilidad”.¹⁶⁸

¹⁵⁹ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250 y 252; E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197; D. TALLON, “Damages, Exemption Clauses, and Penalties”, *American Society of Comparative Law*, 40 (3), 1992, pp. 675-682, p. 680.

¹⁶⁰ Art. 1.1 Principios UNIDROIT 2010: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.

¹⁶¹ Art. 1.3 Principios UNIDROIT 2010: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”.

¹⁶² “Este artículo opta por otorgarle al juez amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Las disposiciones del contrato que regulan las consecuencias del incumplimiento son válidas en principio, pero el juez puede ignorar las cláusulas leoninas”: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

¹⁶³ Si bien los Comentarios Oficiales sostienen que está la prohibición para el fallador de aplicar la cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta y cuando no pueda ser invocada; dichos Comentarios también sostienen que el fallador no está facultado para modificar los términos de esta cláusula: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* op. cit., p. 253. Igualmente en: A. ROSSET, “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”, *Uniform Law Review*, 2 (3), 1997, pp. 441-449, p. 447; J. LOOKOFKY, “The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT ‘Restatement’ and Danish Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 46 (3), 1998, pp. 485-508, p. 495; M.J. BONELL, R. PELLEGI, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table”, *Uniform Law Review*, 9 (2), 2004, pp. 315-396, p. 324; M. BRIDGE, “The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, op. cit., pp. 629 y 637. Sin embargo, autores como Eckart Brödermann manifiestan que dicha actuación es posible siempre que el fallador esté facultado por las partes para ello: E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 198.

¹⁶⁴ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

¹⁶⁵ Eckart Brödermann afirma que dicha prohibición “forma parte del núcleo obligatorio de los Principios de UNIDROIT” (Traducción libre) y que además está en consonancia con el compromiso general de actuar con equidad ubicado en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT: E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197. Para ver una crítica a la estipulación del “manifiestamente injusta” ver M. FONTAINE, op. cit., p. 407 - 409.

¹⁶⁶ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

¹⁶⁷ Traducción libre. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 31 de octubre de 2011, case number: ARB/03/15. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1658>

¹⁶⁸ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

60. Como se ha identificado a lo largo del análisis, los Principios UNIDROIT consagran la posibilidad de pactar cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad, como lo son aquellas que limiten o excluyan la responsabilidad de una parte por incumplimiento o aquellas que permitan al deudor ejecutar una prestación sustancialmente diversa de la que el acreedor espera. No obstante, estas no pueden ser invocadas cuando fuere “manifiestamente desleal hacerlo”,¹⁶⁹ ello a la luz del principio de justicia contractual. De esta manera, debemos llegar a la conclusión de que en el caso en concreto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dado un entendimiento adecuado de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, pues fue correcto sostener que las mismas no pueden predicarse absolutas desde la perspectiva internacional citando, entre otros, a los Principios UNIDROIT.¹⁷⁰

2. Sentencia SC4420-2014

61. En este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia colombiana analizó la aplicabilidad al caso en concreto del artículo 1546 del Código Civil colombiano¹⁷¹ y sostuvo que el mismo otorgaba dos acciones o derechos a la parte cumplidora: solicitar el cumplimiento o solicitar la resolución.¹⁷² Si bien del caso en concreto se desprendía que el demandante solicitaba el cumplimiento,¹⁷³ el Alto Tribunal también realizó un análisis de la resolución,¹⁷⁴ el cual se hizo en el plano nacional (citando legislación y doctrina), en el derecho comparado y en el derecho uniforme. Dentro de los preceptos de derecho uniforme que referenció la Corte, estuvo – entre otros – la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, específicamente en su artículo 64(1)(a).¹⁷⁵

62. Posteriormente, la Alta Corporación equiparó el artículo 1546 de la legislación nacional y las disposiciones del derecho uniforme (en donde, como se precisó, se encuentra la Convención de Viena) al sostener que las mismas constituían la expresión contemporánea de la cláusula romana conocida como *lex commissoria*; específicamente la Corte manifestó lo siguiente:

El precepto 1546 del derecho nacional, así como todo el conjunto de disposiciones señaladas en el marco del derecho comparado, constituyen la expresión contemporánea de la añeja cláusula romana conocida como *Lex commissoria*, que se añadía expresamente al contenido de un contrato, según la cual el vendedor que había cumplido con sus obligaciones, si la otra parte no ejecutaba lo debido, emergía a su favor el derecho de resolución con la restitución de lo dado.¹⁷⁶

63. El equiparar como expresión contemporánea de la cláusula romana conocida como *lex commissoria* al precepto del artículo 1546 del Código Civil colombiano y a la CISG, es una imprecisión. Para comprender la anterior afirmación, partamos de la idea que nos presenta Mauro Paladini al proponer una visión histórica y comparativa del instituto de la resolución por incumplimiento.¹⁷⁷ Dicho autor presenta dos modelos de resolución del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes,

¹⁶⁹ Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010.

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01.

¹⁷¹ “Condición Resolutoria Tácita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”: artículo 1546. Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

¹⁷² Dicha afirmación la hizo dejando claro que la acción de resolución “únicamente puede ser ejercido en forma típica y peculiar por quien ha cumplido sus obligaciones o se allanó a cumplirlas”: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ De la sentencia puede desprenderse que dicho análisis se realizó con el ánimo de establecer los puntos similares y divergentes para que resultara procedente la solicitud de cumplimiento o la solicitud de resolución: Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ M. PALADINI, “Nuevas perspectivas en materia de contrato por incumplimiento”, *Revista IUSTA*, 1 (30), 2009, pp. 131-139.

estos modelos son el judicial (en donde se requiere de una sentencia que declare la resolución) y el sustancial (“en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho”).¹⁷⁸⁻¹⁷⁹ Así, el autor presenta los dos modelos de resolución y, seguidamente, presenta los orígenes de esos modelos, orígenes que tienen inicio en la raíz misma de la institución de resolución,¹⁸⁰ para lo cual distingue entre el derecho romano y el derecho canónico.¹⁸¹

64. Respecto del derecho romano, este autor referencia a la *lex commissoria* (una “cláusula accesorio de la compraventa, en virtud de la cual la propiedad de la cosa retornaba al vendedor si el comprador no pagaba el precio”),¹⁸² pero enfatiza lo siguiente: “en el derecho romano la disolución del contrato se verificaba solamente en consecuencia de la expresa declaración del vendedor de querer valerse de la *lex commissoria*, según un esquema que podríamos referir al modelo que hace poco hemos definido como sustancial”.¹⁸³ Por su parte, en relación al derecho canónico, el autor en mención expresó que: “la condición tácita del Derecho Canónico no producía la extinción de la obligación ni automáticamente ni como consecuencia de la declaración de querer dar por resuelto el contrato” sino que “exigía el recurso al juez, quien era la única autoridad titular del poder discrecional absoluto de pronunciar o negar la resolución”.¹⁸⁴

65. Como se puede evidenciar, al hablar de la resolución se habla de dos modelos distintos (el sustancial y el judicial) que tienen a su vez dos orígenes distintos (el derecho romano – *lex commissoria* – y el derecho canónico, respectivamente). Ahora, consideramos que lo importante de precisar el origen de las instituciones consiste en evidenciar que estamos ante modelos distintos que han tenido características divergentes para su aplicación y que, por tanto, no deben ser objeto de una equiparación tan amplia. Por ejemplo, si el artículo 1546 del Código Civil colombiano proviene del derecho canónico,¹⁸⁵ requiere resolución judicial¹⁸⁶ y, además, el mismo tendrá sus propios presupuestos que la jurisprudencia nacional ya ha decantado y que se pueden entender como: “a) Que el contrato sea válido, b) Que el contratante que proponga la acción haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo; y c) Que el contratante demandado haya incumplido lo pactado a su cargo”.¹⁸⁷ Pero si por el contrario, hablamos de la CISG y sostenemos que en la misma no se requiere la resolución judicial¹⁸⁸ sino que esta ha acogido la declaración unilateral de resolución,¹⁸⁹ encontraremos que sus presupuestos serán diferentes.

66. En relación a los requisitos para que una declaración de resolución en el marco de la CISG pueda considerarse válidamente realizada, Pilar Perales Viscasillas sostiene que deben cumplirse los

¹⁷⁸ Ibidem. En sentido semejante al propuesto por Mauro Paladini, pero en el especial caso del derecho francés véase a: C. SZLADITS, “Discharge of Contract by Breach in Civil Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2 (3), 1953, pp. 334–354, 335.

¹⁷⁹ Como ejemplos de normas internacionales y de códigos que representan estos modelos están: I) para la declaración unilateral de resolución: Principios UNIDROIT (art. 7.3.1), derecho alemán (§ 326 Código Civil alemán), derecho suizo (arts. 107 y 108 del Código de las Obligaciones) y II) para la resolución tácita: derecho chileno (art. 1489 del Código civil), el derecho francés (art. 1184 del Código civil): F. MANTILLA, F. TERNERA, “La resolución de los contratos en el Derecho colombiano”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 2005, pp. 43-71, pp. 63 – 64; M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 134 -139.

¹⁸⁰ M. PALADINI, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸¹ Ibidem, pp. 132 – 133.

¹⁸² Ibidem., p. 132. F. NAVIA, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, pp. 35-67, p. 48.

¹⁸³ M. PALADINI, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 133. F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, pp. 62 – 63.

¹⁸⁵ F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁶ F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 62. M. PALADINI, *op. cit.*, p. 139. F. NAVIA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

¹⁸⁸ C. A. POLO MARTÍNEZ, “Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos”, *Revista Vis Juris*, 6 (11), 2019, pp.9-69, pp. 47-48. M. PALADINI, *op. cit.*, p. 139. F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁹ M. PALADINI, *op. cit.*, p. 138. Además, es necesario recalcar que, en lo concerniente a la resolución consagrada en la Convención de Viena de 1980, la intervención judicial (o arbitral) se limita a revisar la declaración unilateral de la resolución en caso de que una de las partes se oponga a la misma: F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 69. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

siguientes presupuestos: “que se dé alguna de las circunstancias que acciona el mencionado derecho y que sea comunicada a la otra parte en tiempo oportuno”.¹⁹⁰ Así, las circunstancias en las que es posible hacer uso de la resolución son los artículos 49 y 64 de la CISG, los cuales consagran – respectivamente – la opción para que el comprador pueda declarar resuelto el contrato y la facultad para que el vendedor también lo haga.¹⁹¹ En concreto, la Corte Suprema de Justicia – citando el artículo 64 (1) (a) – se refirió a los eventos de resolución unilateral en casos de incumplimiento esencial por parte del comprador; dicha disposición reza que: “1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; [...]”.¹⁹²

67. Particularmente, este artículo requiere entonces que el incumplimiento sea esencial y además la comunicación oportuna del mismo.¹⁹³ Respecto del incumplimiento esencial, este deberá verse a la luz del artículo 25 de la CISG,¹⁹⁴ el cual sostiene que: “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.¹⁹⁵ En relación a la comunicación, para que la resolución surta efectos siempre deberá tenerse en cuenta el artículo 26 de la CISG, el cual dispone que: “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”.¹⁹⁶

68. En conclusión, si bien la precisión respecto de los orígenes de la figura de la resolución puede en principio parecer insignificante, es necesario que se realicen tales distinciones, pues de lo contrario, se terminan equiparando figuras que, si bien consagran una resolución, son diferentes y responden a antecedentes diversos como lo son el derecho romano y el derecho canónico. De esta manera, se debe distinguir los modelos de resolución del contrato de tipo judicial y sustancial, ya que, en el primero – como es el caso del ordenamiento jurídico colombiano en su artículo 1546 del Código civil – requerirá del pronunciamiento de un juez sobre la resolución; en cambio, el modelo sustancial – como el que acoge la CISG con la resolución unilateral del contrato – responderá a otros supuestos como los que propone el artículo 64 (1) (a); así mismo, si estas resoluciones son diferentes, también responderán a requisitos diversos (piénsese por ejemplo, en la comunicación requerida por la Convención). En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia fue imprecisa al equiparar la Convención de Viena (Art. 64 (1) (a)) y el artículo 1546 del Código civil colombiano con la *lex commissoria*.¹⁹⁷

¹⁹⁰ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

¹⁹¹ Art 49 y 64, CISG 1980. R. KOCH, “Seller’s right to declare avoidance based on non-compliance with Nachfrist: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Articles 63 and 64 of the CISG”, en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 198–206, pp. 198 y ss.; M. BRIDGE, “Avoidance For Fundamental Breach Of Contract Under The Un Convention On The International Sale Of Goods”, *International & Comparative Law Quarterly*, 59 (4), 2010, pp. 911 – 940, p. 930; J.A. ESTRELLA FARIA, *op. cit.*, p. 235.

¹⁹² Art. 64(1) (a), CISG 1980.

¹⁹³ P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

¹⁹⁴ CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2010, p. 200.

¹⁹⁵ Art. 25, CISG 1980. En relación al incumplimiento esencial del contrato véase los siguientes casos: Seoul High Court, República de Corea, 14 de octubre de 2010, case number: 2010Na29609. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1712>. District Court, S.D., Estados Unidos, 17 de diciembre de 2001, case number: 1:01-CV-691. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/732>.

¹⁹⁶ Art. 26, CISG 1980. P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2010, p. 200. Tribunal de Commerce Versailles, Francia, 12 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1527>.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

VI. Conclusiones

69. En su jurisprudencia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, han referenciado en 17 de sus decisiones judiciales a distintos artículos y disposiciones de dos de los instrumentos de la contratación internacional más importantes actualmente: La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Lo anterior, más allá de ser un fundamento suficiente para afirmar que en el sistema jurídico colombiano estos instrumentos son un criterio de análisis y de referencia importante, compromete a las altas cortes judiciales de Colombia a tener un correcto entendimiento de aquellos.

70. La Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, como instrumentos del derecho uniforme que son, requieren ser entendidos, interpretados y aplicados a partir del contexto en que fueron redactados, la uniformidad que pretenden para el régimen de las transacciones internacionales y la internacionalidad que tienen como ámbito de aplicación. Al fin y al cabo, disposiciones como los artículos 7 de la CISG y 1.6 de los Principios UNIDROIT, consagran que estos instrumentos deben ser interpretados teniendo en cuenta su carácter internacional y previendo que su objetivo es promover la uniformidad en su aplicación. Por lo tanto, un entendimiento inadecuado de las corporaciones judiciales más importantes del ordenamiento jurídico colombiano dista por completo de los anteriores criterios.

71. Con relación a nuestro problema de investigación, puede indicarse que tres de los seis pronunciamientos analizados tuvieron un entendimiento incorrecto de las disposiciones y artículos que citaron de la Convención de Viena y/o los Principios UNIDROIT. Específicamente, nos llamó fuertemente la atención el pronunciamiento *Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.*, del Consejo de Estado y la sentencia SC4420-2014 de la Corte Suprema de Justicia. En el primero, el Consejo de Estado terminó confundiendo las nociones de terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento esencial que traen la CISG y los Principios UNIDROIT, con la figura de la cláusula de terminación unilateral del contrato; en el segundo, la Corte Suprema de Justicia, equiparó la resolución unilateral del contrato que se propone en el artículo 64 (1) (a), con la figura de la resolución judicial que en el ordenamiento colombiano se consagra en el artículo 1546 del Código Civil, desconociendo que estas figuras jurídicas son diferentes y tienen requisitos divergentes. Finalmente, no sobra indicar que en la sentencia C-1008/10, la Corte Constitucional terminó “nacionalizando” las figuras o disposiciones que citó de la CISG; es decir, entendió el artículo 74 de la CISG a la luz de concepciones del derecho nacional como la concurrencia de culpas.

72. Debe indicarse que el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional representan la más alta categoría de jueces del sistema judicial colombiano, desarrollan la jurisprudencia en este país y direccionan el entendimiento del derecho en Colombia, por lo que sus criterios sobre los instrumentos de contratación internacional que se abordan en este artículo tendrán efectos evidentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, un entendimiento defectuoso de la convención de Viena y los Principios UNIDROIT, es un grave error que aleja al ordenamiento jurídico colombiano de las tendencias, normas y reglas más importantes que rigen las transacciones comerciales internacionales.

73. No obstante, debemos reconocer que no todos los pronunciamientos analizados arrojaron una comprensión inadecuada de la CISG y los Principios UNIDROIT, lo cual implica que el entendimiento de las altas cortes judiciales no es absolutamente erróneo; ejemplo de ello es el pronunciamiento *Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. v Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros*, del Consejo de Estado y la sentencia *Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A.*, de la Corte Suprema de Justicia. En el primero, el Consejo de Estado tuvo un correcto entendimiento de los artículos 14 y 19 de la CISG y, en el segundo, la Corte Suprema

de Justicia comprendió correctamente el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT. Encima, también resulta pertinente indicar que en la sentencia C-207/19, la Corte Constitucional entendió adecuadamente las disposiciones 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios UNIDROIT, además de que con ello – de forma novedosa – logró acompasar el entendimiento de disposiciones del derecho nacional con figuras que adoptan las más modernas y flexibles tendencias en materia de contratos internacionales.

74. Así las cosas, teniendo en cuenta este variado espectro de decisiones judiciales, donde algunas responden al entendimiento adecuado de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT y otras pueden catalogarse de entendimientos erróneos, esperamos que este escrito, más que denotar la situación de la jurisprudencia colombiana con relación a estos instrumentos internacionales, motive una comprensión cada vez más correcta de aquellos. Lo anterior, es importante porque la interrelación que pueda tener el derecho nacional con las reglas que rijan las transacciones internacionales puede ser beneficioso para entender preceptos del derecho doméstico, para que estas integren o complementen disposiciones del mismo o, inclusive, para que permitan acompasar el ordenamiento jurídico colombiano con las tendencias, reglas y normas del derecho internacional en materia de contratos. Ahora, también debe preverse que dentro de poco tiempo los altos tribunales judiciales colombianos se enfrenten a casos donde la ley aplicable al fondo del litigio sean la CISG o los Principios UNIDROIT o – aún más allá – que futuras legislaciones intenten modular los avances de estos, convirtiendo así sus disposiciones en la cuestión del día a día del ejercicio del derecho en Colombia.